



**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI FIRENZE**  
**FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA**

Tesi di dottorato in  
DISCIPLINE PENALISTICHE  
DIRITTO E PROCEDURA PENALE

Settore disciplinare IUS/17

***Il principio del ne bis in idem nello spazio europeo di Giustizia,  
Libertà e Sicurezza: tra prospettiva interna ed internazionale***

**Coordinatore del dottorato:**  
Chiar.mo Prof. Paolo Tonini

**Tutor:**  
Chiar.mo Prof. Francesco Palazzo

**Candidata:**  
Dott.ssa Raffaella Calò

XXI CICLO

Un vivo ringraziamento al desk italiano presso Eurojust. Alla dott.ssa Manfredda, al dott. Spiezia, al dott. Ripoli e alla sig.ra Petrucci, che sin dal primo giorno di stage mi hanno fatto sentire parte della squadra, va tutta la mia gratitudine.

*A Silvia, la migliore tra le due*

***Il principio del ne bis in idem nello spazio europeo di Giustizia, Libertà e Sicurezza: tra prospettiva interna ed internazionale***

INDICE

*Introduzione*

CAPITOLO I

IL *NE BIS IN IDEM* ALL'INTERNO DI UN MEDESIMO ORDINAMENTO

1. Il *ne bis in idem* nella prospettiva nazionale: il processo e la pena
2. Contenuto e fondamento del *ne bis in idem* processuale
  - 2.1. Le esigenze dell'ordinamento giuridico sottese al riconoscimento del divieto di doppio processo
  - 2.2. La tutela dell'individuo dai possibili abusi delle istituzioni statali
  - 2.3. Gli interessi sociali sottesi al *ne bis in idem*
3. La nozione di *idem* presupposto del divieto di doppio processo
  - 3.1. L'ampiezza della preclusione processuale nell'alternativa tra sistemi inquisitori ed accusatori
  - 3.2. Tra una nozione naturalistica ed una normativa di *idem*: le soluzioni improntate ad un *middle of the road approach*
4. Le esigenze sottese al riconoscimento del *ne bis in idem* sostanziale e la portata applicativa del principio
5. (*Segue*) Verso una nuova sistematica del *ne bis in idem* sostanziale
  - 5.1. Il *ne bis in idem* come fondamento dell'istituto del concorso apparente di norme
  - 5.2. Il *ne bis in idem* sostanziale come corollario del principio di proporzione
6. Nessi sistematici e convergenze funzionali del *ne bis in idem* sostanziale e processuale
7. La codificazione del *ne bis in idem* nazionale in alcuni strumenti internazionali
8. Il Patto internazionale sui diritti civili e politici
9. L'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU
  - 9.1. Verso un'estensione della garanzia anche agli illeciti amministrativi?
  - 9.2. Le problematiche sollevate da una nozione c.d. unitaria di "*infractio*" e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo

CAPITOLO II

IL *NE BIS IN IDEM* NELLA PROSPETTIVA INTERNAZIONALE

1. Le diverse articolazioni del *ne bis in idem* nella prospettiva internazionale
2. Il *ne bis in idem* c.d. estradizionale
  - 2.1. La *ratio* ancipite del *ne bis in idem* estradizionale
  - 2.2. La portata applicativa del *ne bis in idem* estradizionale
  - 2.3. Il concetto di “medesimo fatto” presupposto del *ne bis in idem* estradizionale ed i rapporti con la previsione bilaterale del fatto
3. Il *ne bis in idem* c.d. esecutivo o principio di compensazione
  - 3.1. La *ratio* equitativa di un principio “realista”
  - 3.2. Il principio di compensazione come limite alla eseguibilità *in bis* della sentenza
4. Il *ne bis in idem* internazionale
  - 4.1. La *ratio* garantista della preclusione processuale
  - 4.2. Il *ne bis in idem* come strumento risolutivo dei conflitti di giurisdizione
  - 4.3. La portata applicativa del principio: limiti “strutturali” ed “estrinseci” del *ne bis in idem* internazionale
  - 4.4. (Segue) la c.d. condizione dell’esecuzione
5. Il *ne bis in idem* transnazionale quale riflesso dei cambiamenti in seno alla Comunità internazionale
  - 5.1. Due concezioni del diritto internazionale a confronto
  - 5.2. Il *ne bis in idem* transnazionale nella concezione c.d. vetero-positivistica del diritto internazionale
  - 5.3. Il possibile riconoscimento del *ne bis in idem* internazionale nella concezione solidaristica delle relazioni internazionali
  - 5.4. (Segue) Il *ne bis in idem* estradizionale ed esecutivo: tra perdita di significato e nuove prospettive funzionali

### CAPITOLO III

#### IL *NE BIS IN IDEM* NEL DIRITTO DELL’UNIONE EUROPEA

1. Gli attuali strumenti giuridici di risoluzione dei conflitti giurisdizionali
2. Il ruolo di Eurojust nella prevenzione e soluzione dei conflitti positivi di giurisdizione
  - 2.1. Le *Guidelines* approvate da Eurojust
  - 2.2. L’individuazione dell’autorità giudiziaria *mieux placé*
3. Il riconoscimento del divieto di doppio processo: *work in progress*
  - 3.1. L’art. 54 CAAS e la sua introduzione nel diritto dell’Unione
  - 3.2. La condizione dell’esecuzione prevista dall’art. 54 CAAS
  - 3.3. Le eccezioni previste dall’art. 55 CAAS
4. Il *ne bis in idem* configurante un limite alla cooperazione interstatuale
5. Il *ne bis in idem* esecutivo
  - 5.1. La parziale convergenza funzionale degli artt. 54 e 56 CAAS
  - 5.2. L’ambito applicativo del principio di compensazione sancito dalla CAAS
6. Prospettive *de iure condendo*: il Programma dell’Aia e i progetti di codificazione di sistemi di allocazione di giurisdizione

- 6.1. La tutela dai rischi di *bis in idem* nello spazio europeo di giustizia, libertà e sicurezza: il Programma dell'Aia
- 6.2. La proposta di decisione quadro della Grecia
- 6.3. Il Libro verde pubblicato dalla Commissione Europea
  - 6.3.1. La creazione di un meccanismo per la scelta della giurisdizione
  - 6.3.2. Il ruolo delle persone interessate ed il controllo giurisdizionale
  - 6.3.3. Il *ne bis in idem* ed il rafforzamento del principio del mutuo riconoscimento

## CAPITOLO IV

### LA NOZIONE DI “MEDESIMI FATTI” NELL’ART. 54 DELLA CONVENZIONE DI APPLICAZIONE DELL’ACCORDO DI SCHENGEN

- 1. L’indeterminatezza dell’art. 54 CAAS e la nozione di “idem”
- 2. I possibili modelli funzionali del *ne bis in idem* europeo
  - 2.1. La scelta “nazionalistica”
  - 2.1. La prospettiva europea “debole”
  - 2.2. La prospettiva europea “forte”
- 3. La nozione europea di *res judicata*: verso un reale “spazio giudiziario europeo”
- 4. Il richiamo all’art. 6 TUE e alla giurisprudenza della Corte del Lussemburgo
- 5. La questione dell’unitarietà o pluralità della nozione di *idem* nel diritto dell’Unione
  - 5.1. Il *ne bis in idem* nella giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di concorrenza
  - 5.2. La scarsa plausibilità dell’individuazione dei presupposti applicativi dell’art. 54 CAAS alla luce dei principi elaborati dalla Corte di Giustizia nel settore della concorrenza
- 6. La nozione di “*idem factum*” nell’art. 54 CAAS: le possibili soluzioni ermeneutiche
  - 6.1. La nozione “normativa” di *res judicata*: un’*interpretatio abrogans* dell’art. 54 CAAS.
  - 6.2. La valorizzazione del bene giuridico leso dal fatto di reato
  - 6.3. La nozione “storico-naturalistica” di *res judicata*: l’interpretazione dell’art. 54 CAAS accolta dalla Corte di Giustizia
- 7. Il *ne bis in idem* quale surrogato dell’armonizzazione dei diversi sistemi penali nazionali
- 8. Le problematiche sollevate dall’accoglimento di una nozione storico-naturalistica di *res judicata* nell’applicazione dell’art. 54 CAAS
- 9. (Segue) I “fisiologici” vuoti di tutela derivanti dalle attuali regole di diritto penale internazionale
- 10. Verso una nuova tipicità penale (europea) cui ancorare la preclusione processuale?

## CAPITOLO V

### LA DISCIPLINA NEL *NE BIS IN IDEM* NEL DIRITTO INTERNAZIONALE PENALE: PRINCIPI APPLICABILI ANCHE ALLE IPOTESI DI CUI ALL’ART. 54 CAAS?

1. Alcune considerazioni sulla possibilità per gli Stati di violare il divieto di *bis in idem* internazionale in nome di “superiori interessi di giustizia”
2. L'introduzione di limiti all'efficacia dell'art. 54 CAAS costruiti sulla falsariga delle norme contenute negli statuti dei Tribunali internazionali
  - 2.1. Le regole contenute negli Statuti dei Tribunali *ad hoc*
  - 2.2. La disciplina del *ne bis in idem* prevista dall'art. 20 dello Statuto della Corte Penale Internazionale
  - 2.3. La scarsa plausibilità dell'introduzione di siffatti limiti nello spazio dell'Unione.

## *Introduzione*

Con la caduta del muro di Berlino il diritto penale ha cessato di essere un fenomeno puramente statale. Il crollo delle barriere che marcavano la divisione in blocchi della comunità internazionale si è infatti accompagnato ad un vasto processo di internazionalizzazione del diritto che ha investito – e non poteva essere altrimenti – anche la materia penale. Sennonché, invalidato il principio per cui lo *ius puniendi* costituirebbe un attributo inscindibile dall'esercizio della sovranità statale, il processo di internazionalizzazione del diritto penale ha assunto tratti assolutamente peculiari, caratterizzandosi per una spiccata asimmetria. Da un lato, infatti, si è assistito ad un'evidente tendenza alla panpenalizzazione, di cui il recente sviluppo del diritto internazionale penale costituisce la manifestazione più evidente; dall'altro, si è palesata una opposta spinta alla limitazione del potere punitivo, condotta sotto l'egida dei diritti dell'uomo.

È evidente che entrambi questi fenomeni si pongono in una naturale tensione dialettica con i principi di sovranità, territorialità e legalità che costituiscono il tradizionale tripode del diritto penale moderno. Ed invero, la crisi della sovranità statale, attraverso meccanismi sempre più incisivi di erosione dei “classici” poteri dello Stato, si manifesta in penale nella perdita di assolutezza del potere punitivo nazionale. Essa porta con sé la crisi della legalità, anche penale: “*la loi n'a plus tous les droits*”. Alla rassicurante struttura piramidale delle fonti del diritto si sostituisce oggi un *réseau* fitto e complesso ed il monismo legislativo (dunque statale) consacrato nei codici ottocenteschi è messo in forse dall'intervento sempre più incisivo di atti normativi diversi dalla legge: direttive, regolamenti, decisioni-quadro e fonti comunitarie in genere, da un lato; norme pattizie e convenzionali di origine internazionale, dall'altro. Ma crisi della sovranità è anche crisi della territorialità del diritto, che si manifesta in una duplice direzione: da un lato, gli obblighi internazionali limitano la libertà dello Stato nel procedere alla repressione di determinati comportamenti, anche quando questi sono realizzati esclusivamente sul proprio territorio; dall'altro, la crisi della territorialità del diritto diventa, in campo penale, crisi del principio di territorialità



della legge penale, come risposta normativa all'emersione di forme di criminalità organizzata a carattere universale o transnazionale.

Ebbene, è in questo contesto storico, politico e culturale che il *ne bis in idem* cessa di essere un fenomeno prettamente nazionale per diventare un problema di dimensioni transnazionali; esso costituisce l'epifenomeno di un processo che si caratterizza per la presenza di due imperativi solo apparentemente contraddittori. Da una parte, la maggiore mobilità degli individui e l'emersione di una criminalità di dimensioni globali, capace di trarre beneficio dalla caduta di molte frontiere, ha spinto gli Stati ad adottare in un numero vieppiù crescente di ipotesi, criteri extraterritoriali di esercizio della giurisdizione e ad ampliare i margini di intervento della sanzione criminale; in particolare, è questa panpenalizzazione, spesso di matrice sovranazionale, che conduce al moltiplicarsi delle pretese punitive degli Stati su un medesimo fatto e che quindi crea i presupposti per una duplicazione della risposta punitiva a carico del medesimo individuo. Dall'altra parte, l'interdizione del cumulo delle *poursuites* e delle sanzioni trova ragione nell'esigenza, parimenti forte, di rispettare i fondamentali diritti dei singoli individui nel quadro di politiche criminali nazionali sempre meno impermeabili l'una all'altra e sempre più condizionate dalle istanze della Comunità internazionale nel suo complesso; il diritto a non essere processato e, nel caso, punito più volte per il medesimo accadimento criminoso si candida così a diventare un vero e proprio diritto fondamentale della persona, in linea di principio indifferente alla circostanza che a procedere sia un Tribunale internazionale od un giudice nazionale, dello stesso Stato che ha già proceduto o di uno Stato diverso.

Il presente lavoro aspira a ripensare criticamente il *ne bis in idem*, tentando di mettere in luce come la sua riconduzione al novero dei diritti fondamentali dell'individuo determini una trasfigurazione dello stesso significato della garanzia, capace di investire le stesse travi portanti del diritto penale odierno.

## CAPITOLO I

### IL *NE BIS IN IDEM* ALL'INTERNO DI UN MEDESIMO ORDINAMENTO

SOMMARIO: 1. Il *ne bis in idem* nella prospettiva nazionale: il processo e la pena. – 2. Contenuto e fondamento del *ne bis in idem* processuale. – 2.1. Le esigenze dell'ordinamento giuridico sottese al riconoscimento del divieto di doppio processo. – 2.2. La tutela dell'individuo dai possibili abusi delle istituzioni statali. – 2.3. Gli interessi sociali sottesi al *ne bis in idem* - 3. La nozione di *idem* presupposto del divieto di doppio processo. – 3.1. L'ampiezza della preclusione processuale nell'alternativa tra sistemi inquisitori ed accusatori. – 3.2. Tra una nozione naturalistica ed una normativa di *idem*: le soluzioni improntate ad un *middle of the road approach*. – 4. Le esigenze sottese al riconoscimento del *ne bis in idem* sostanziale e la portata applicativa del principio. – 5. (Segue) Verso una nuova sistematica del *ne bis in idem* sostanziale. – 5.1. Il *ne bis in idem* come fondamento dell'istituto del concorso apparente di norme. – 5.2. Il *ne bis in idem* sostanziale come corollario del principio di proporzione. – 6. Nessi sistematici e convergenze funzionali del *ne bis in idem* sostanziale e processuale. – 7. La codificazione del *ne bis in idem* nazionale in alcuni strumenti internazionali. – 8. Il Patto internazionale sui diritti civili e politici. – 9. L'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU. – 9.1. Verso un'estensione della garanzia anche agli illeciti amministrativi? – 9.2. Le problematiche sollevate da una nozione c.d. unitaria di “*infractio*” e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

#### **1. Il *ne bis in idem* nella prospettiva nazionale: il processo e la pena.**

Gli studi in materia di *ne bis in idem* iniziano spesso con una definizione. Si dice ad esempio che il *ne bis in idem* è un principio di diritto che soddisfa un'esigenza basilare di giustizia. Si afferma che esso costituisce un assioma logico<sup>1</sup> oppure un diritto essenziale della persona umana<sup>2</sup>. Si scrive che esso è funzionale ad istanze di proporzionalità, di libertà individuale o di certezza del diritto<sup>3</sup>. In seguito, si esaminano tutta una serie di problematiche: cosa si intende

---

<sup>1</sup> F.J. DE LEON VILLALBA, *Sobre el sentido del axioma ne bis in idem*, in AA.VV., *El principio de ne bis in idem en el Derecho penal europeo e internacional*, a cura di L.Arroyo Zapatero e A. Nieto Martín, Murcia, 2007, 17.

<sup>2</sup> N. GALANTINI, *Il divieto di doppio processo come diritto della persona*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 97 ss.

<sup>3</sup> Si v. ad es. J. DE LA CUESTA, *Concurrent national and International criminal jurisdiction and the principle 'ne bis in idem'*. *General Report*, in *Rev. int. dr. penal*, 2002, 710.

con il termine “bis”? E con la parola “idem”? Il diritto a non essere processato o punito più volte per il medesimo fatto può essere annoverato tra i diritti fondamentali dell’individuo? È un principio assoluto oppure soffre di limiti derivanti dal bilanciamento con interessi contrapposti?

Va da sé che la risposta a queste ed altre domande dipende esclusivamente dalla definizione iniziale, senza che si possa stabilire se una definizione sia in assoluto migliore delle altre. Insomma, prima di tentare di individuare l’essenza del *ne bis in idem*, bisogna innanzitutto prendere atto delle molteplici accezioni che la locuzione *ne bis in idem* ha oggi assunto. Ed infatti, all’interno dei sistemi penali nazionali, l’espressione *ne bis in idem* viene frequentemente utilizzata in almeno due significati diversi: da un lato, ci si richiama al divieto di plurimo processo per lo stesso fatto (*nemo debet bis vexari pro una et eadem causa*); dall’altro, invece, ci si riferisce al divieto di molteplice pena per il medesimo accadimento criminoso (*nemo debet bis puniri pro uno delicto*)<sup>4</sup>. Non stupisce, pertanto, che nella letteratura penalistica italiana manchi una ricostruzione unitaria del *ne bis in idem* e che sia piuttosto invalsa l’abitudine di aggettivare il principio in discorso distinguendo tra *ne bis in idem* processuale e sostanziale. Questa duplicità di contenuti che apre all’alternativa “divieto di doppio processo o divieto di doppia sanzione per il medesimo fatto” fa sì che sembri quasi illogico accostare le due preclusioni in un tentativo definitorio unificatore. Per dirla con un noto processualpenalista: “[a]nche i penalisti postulano un *ne bis in idem* [...] [ma] il divieto di un secondo giudizio sull’*eadem res* ha poco da spartire, anzi niente, con queste massime penalistiche (costituenti un capitolo della logica deontica); è puro fenomeno giudiziario, descritto da famose metafore: esercitando l’azione, l’attore la consuma”<sup>5</sup>.

Senza indulgere alle etichette, pare che una situazione analoga si verifichi in altri Paesi. La maggior parte dei sistemi giuridici di tradizione europeo-continentale, infatti, conosce un vero e proprio divieto di rinnovamento del

---

<sup>4</sup> Cfr. J. A.E. VERVAELE, *The transnational ne bis in idem principle in the UE. Mutual recognition and equivalent protection of human rights*, in *Utrecht Law Review*, 2005, 100 ss.

<sup>5</sup> F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1991, 987, citato da M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale*, Torino, 1997, 33.

processo, volto a garantire l'autorità della cosa giudicata<sup>6</sup>; a questa preclusione processuale si accompagna, sul piano sostanziale, un divieto di molteplice pena per lo stesso fatto. Questo secondo divieto, tuttavia, da una parte si perde nella trama della disciplina della qualificazioni giuridiche multiple senza assurgere chiaramente al ruolo di principio-guida del concorso di norme e di reati; dall'altra, pare in larga misura svincolato dal divieto di marca processuale<sup>7</sup>. Se poi si estende lo spettro d'indagine fino a comprendere l'ampia famiglia dei sistemi di *common law*, i risultati non cambiano di molto. Anche qui il principio del *ne bis in idem* – così come inteso nella letteratura giuridica italiana – pare andare incontro ad un'evidente scissione. Nella cultura giuridica anglo-americana, infatti, il divieto di molteplice pena per lo stesso fatto, pur essendo nato da una costola del divieto di *double jeopardy*, sembra essersi con il tempo emancipato dalla regola processuale fino a divenire un principio immanente al complesso procedimento di commisurazione della pena da parte del giudice<sup>8</sup>. In particolare, la dottrina giuridica statunitense evidenzia come il divieto di doppio giudizio ed il divieto di *multiple punishment* per lo stesso fatto, pur muovendo da un'unica indicazione di diritto positivo contenuta nel V Emendamento della Costituzione americana, presentano una chiara autonomia di valore e applicativa<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> Cfr. ad esempio l'art. 6 del codice di procedura penale francese: "l'action publique pour l'application de la peine s'éteint par [...] la chose jugée".

<sup>7</sup> Di particolare rilevanza le considerazioni svolte dalla dottrina tedesca, la quale, nel distinguere nettamente i presupposti applicativi del divieto di duplice pena e di doppio giudizio, pone in evidenza il differente fondamento assiologico dei due principi; si v., per tutti, F.-C. SCHROEDER, *Die Rechtsnatur des Grundsatzes „ne bis in idem“*, in *JuS*, 1997, 228: "Das Verbot erneuter Verfolgung beruht jedoch auf einem völlig anderen Grundgedanken als das Verbot doppelter Bestrafung. Während letzteres auf dem Schuld-, Gerechtigkeits- und Verhältnismäßigkeitsprinzip beruht, beruht das Verbot erneuter Verfolgung allein auf dem Gedanken der Rechtssicherheit und ihrem *Vorrang* vor der Gerechtigkeit". Questa presa di posizione dottrinale, cui fa da sponda la giurisprudenza, pare tanto più rilevante se si pone mente al fatto che entrambi i divieti ricevono copertura costituzionale da un'unica norma (l'Art. 103 Abs. 3 della *Grundgesetz*) in forza del quale: "Niemand darf wegen derselben Tat auf Grund der allgemeinen Strafgesetze mehrmals bestraft werden"; per una puntuale analisi della norma in discorso si v. tra i molti, H. THOMAS, *Das Recht auf Einmaligkeit der Strafverfolgung*, Baden-Baden, 2002, 34.

<sup>8</sup> Cfr. M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit., 236 ss.

<sup>9</sup> Ancora attuali le considerazioni svolte da O. KIRCHHEIMER, *The Act, the Offence and Double Jeopardy*, in 58 *Yale Law Journal*, 1949, 513. Sul punto, cfr. anche *Statutory Implementation of Double Jeopardy Clauses: New Life for a Moribund Constitutional Guarantee*, in 65 *Yale Law Journal*, 1956, 341: "The substantive and procedural goals underlying the double jeopardy concept need no necessarily operate in the same case. An accused may be subjected to the harassment of successive prosecutions without ever being convicted, in which case the problem of multiple punishment never arises. On the other hand, as the result of a single prosecution he may be found

Senza addentrarsi qui neppure superficialmente nella disamina delle elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali fiorite sul tema nei diversi Paesi, già da questa rapidi cenni sembra potersi inferire un primo risultato: la fondamentale dicotomia del *ne bis in idem* in due sottoprincipi distinti è caratteristica comune alla stragrande maggioranza dei sistemi penali. L'esperienza comparatistica sembra inoltre suggerire che suddetta distinzione tra preclusione processuale e sostanziale derivi dalla consapevolezza che alla base del *ne bis in idem* sostanziale e di quello processuale stanno valori e presupposti applicativi notevolmente diversi<sup>10</sup>, tali da escludere in radice l'opportunità – e prima ancora, forse, la plausibilità – di una loro ricostruzione unitaria. Del resto, per giustificare la reciproca autonomia dei due principi è sufficiente porre mente al fatto che il divieto di doppio processo prescinde necessariamente dal contenuto della prima sentenza passata in giudicato, operando indifferentemente nelle ipotesi di condanna e assoluzione. Diversamente, il divieto di molteplice pena a cagione del medesimo illecito ha senso solamente in relazione ad una previa o contestuale condanna; ed invero, il *ne bis in idem* sostanziale è violato nel momento in cui il giudice penale valuta più volte il medesimo fatto fonte di responsabilità penale per l'imputato. Inoltre, se è innegabile che il divieto di un secondo giudizio rappresenta la migliore garanzia avverso i rischi di un'indebita moltiplicazione della risposta punitiva, è altrettanto vero che il pericolo di una molteplice pena per il medesimo fatto sussiste anche all'interno del medesimo processo penale.

Se così stanno le cose, è chiaro che un diverso ambito applicativo tra i due *ne bis in idem* non si verifica soltanto nel caso di una maggiore ampiezza della preclusione processuale, come ad esempio nelle ipotesi di concorso formale di reati che non giustifica un processo in *eadem res*. Una discrasia applicativa tra i due principi si realizza anche nell'ipotesi inversa, quando il divieto sostanziale è più ampio di quello processuale, come avverrebbe laddove si facesse ricorso a criteri “valoriali” nello sciogliere l'alternativa tra concorso di norme e di reati<sup>11</sup>.

---

guilty of, and punished for, several offences where his acts should only give rise to a single criminal liability”.

<sup>10</sup> Cfr. per tutti M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit., 31 ss., con ampi richiami alla dottrina italiana ed internazionale, nonché *infra* para 2 e ss.

<sup>11</sup> Considerazioni analoghe sono svolte da M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit., 35 s.

Occorre dunque proseguire nella direzione di indagine sopra segnalata, cercando di esaminare separatamente le due “anime” del *ne bis in idem* nazionale; solo in un secondo momento, si passerà ad analizzare i rapporti intercorrenti tra il principio sostanziale e quello processuale, alla ricerca delle loro comuni radici.

## 2. Contenuto e fondamento del *ne bis in idem* processuale

Il *ne bis in idem* processuale consiste, dicevamo, nel divieto di duplice giudizio per il medesimo fatto. Tale divieto assume coloriture abbastanza differenti nei sistemi di *civil law* ed in quelli di *common law*.

Nei paesi di tradizione europeo-continentale il *ne bis in idem* rappresenta un *effetto* del giudicato<sup>12</sup>, diretto ad attribuire alla pronuncia del giudice un carattere di intangibilità; il principio in parola, dunque, opera sul presupposto di una sentenza passata in giudicato e rappresenta una sorta di proiezione soggettiva del principio di consunzione<sup>13</sup>. In questa prospettiva, poiché il divieto di *bis in idem* è espressione dell'autorità (negativa) del giudicato penale, la garanzia individuale<sup>14</sup> sorge esclusivamente sul presupposto formale della definitività della pronuncia. I sistemi anglosassoni, invece, conoscono un divieto di *double jeopardy*, che non costituisce una regiodicata in grigio-prigione<sup>15</sup> ma affonda le proprie radici nel *plea of autrefois acquit* e nel *plea of autrefois convict*<sup>16</sup>. Il divieto di *double jeopardy* ha una connotazione più marcatamente garantista rispetto alla preclusione processuale vigente nei sistemi di *civil law*; esso è infatti espressione di una particolare relazione intercorrente tra lo Stato ed il cittadino, in forza della quale il primo vede limitate le proprie possibilità di pervenire ad una condanna. In particolare, il divieto di *double jeopardy* non presuppone una sentenza passata in

---

<sup>12</sup> Cfr. per tutti G. LOZZI, voce *Giudicato*, in *Enc. dir.*, XVII, 1969, 913.

<sup>13</sup> Sul *ne bis in idem* come espressione del principio di consunzione, “in virtù del quale non può entrare nel mondo giudiziario un provvedimento, che abbia lo stesso contenuto pratico di quello già assunto irrevocabilmente, sebbene opposta ne sia la direzione”, V. ANDRIOLI, voce *Ne bis in idem*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XI, Torino, 1965, 186. Analog. G. CONSO-V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2006, 939: “La matrice del divieto di *bis in idem* deve essere identificata nella categoria della preclusione processuale, costituendo il giudicato la ‘somma preclusione’ cui è affidata la funzione di garantire l’intangibilità del risultato del processo”.

<sup>14</sup> Il c.d. *Materielles Schutzrecht* della dottrina tedesca, su cui H. THOMAS, *Das Recht auf Einmaligkeit*, cit., 36. Merita notare che il *Rechtsgericht* già in una pronuncia del 30 settembre 1902 (in *Entscheidungen des Rechtsgericht in Strafsachen* 35, 369) aveva evidenziato la portata eminentemente garantista della disposizione processuale.

<sup>15</sup> Così, efficacemente *Twice in Jeopardy*, in *75 Yale Law Journal*, 1965, 277.

<sup>16</sup> Per tutti *Twice in Jeopardy*, cit., 265 ss.

giudicato e vieta all'ordinamento di mettere due volte in pericolo (di condanna) la stessa persona a cagione del medesimo illecito<sup>17</sup>.

Se questo è, in estrema sintesi, il contenuto del *ne bis in idem* processuale così come previsto nei sistemi penali nazionali, ciò che assume rilevanza ai nostri fini è un'analisi delle ragioni che hanno condotto alla previsione di siffatto divieto. Il principio in parola sembra infatti avere un fondamento oltremodo articolato, rispondendo ad interessi sia dell'ordinamento, sia dell'individuo, sia, infine, della società.

## **2.1. Le esigenze dell'ordinamento giuridico sottese al riconoscimento del divieto di doppio processo.**

Nella prospettiva dell'ordinamento giuridico, il divieto di doppio processo soddisfa una pluralità di esigenze, prima fra tutte quella di economia dei giudizi. Ed invero, nonostante esigenze di economia processuale imporrebbero, a rigore, di accertare i due o più reati con un unico procedimento e non di limitare l'accertamento ad un solo reato<sup>18</sup>, è innegabile che alla base del divieto via sia anche una visione realistica del processo, che si manifesta nella necessità di evitare un'inutile pluralità di procedimenti<sup>19</sup>. La prima funzione del *ne bis in idem* processuale è dunque quella di porre un argine ad un impiego ingiustificato di risorse statali, sotto il profilo umano e, soprattutto, schiettamente economico.

In secondo luogo, il divieto di doppio giudizio risponde all'esigenza di promuovere un'efficace attività di indagine da parte della polizia giudiziaria e del

---

<sup>17</sup> *Twice in Jeopardy*, cit., 265 ss.; per la storia del principio, cfr. M. FRIEDLAND, *Double Jeopardy*, Oxford, 1969, *passim*.

<sup>18</sup> G. LOZZI, *Profili di una indagine sui rapporti tra "ne bis in idem" e concorso formale di reati*, Milano, 1974, 70. Analog., G. DE LUCA, *Concorso formale di reati e limiti oggettivi della cosa giudicata penale*, in *Riv. proc. pen.*, 1960, 201: "l'esigenza dell'economia dei giudizi fa sì che i due reati, cui dà luogo l'unico fatto storico, e quindi i due procedimenti soggettivamente connessi, siano cumulati in un *simultaneus processus*. In altri termini l'esigenza di economia dei giudizi è tutelata in via preventiva attraverso il cumulo dei procedimenti [...] ma non può spingersi al punto di lasciare persino impunito un reato, quando il cumulo non sia stato disposto o non si sia potuto ordinare perché, ad esempio, mancavano le prove dell'esistenza di quest'ultimo".

<sup>19</sup> Cfr. G. DE LUCA, *Concorso formale di reati*, cit., 188, nt. 2. Si v. anche F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966, 421, il quale sottolinea come in questo modo l'ordinamento tende al conseguimento di un risultato con il minor mezzo.

pubblico ministero<sup>20</sup>. La consapevolezza di avere una sola *chance* di pervenire ad una sentenza definitiva di condanna, sembra infatti costituire un importante incentivo per svolgere investigazioni più accurate e per esercitare l'azione penale solamente laddove le risultanze probatorie fanno ritenere una condanna ragionevolmente probabile.

Infine, e soprattutto, il divieto in parola assicura la certezza *obiettiva* del diritto, che viene garantita dalla stabilità delle decisioni<sup>21</sup>. La questione è complessa e richiede qualche precisazione. È noto che di certezza *obiettiva* del diritto, riferita dunque all'intero ordinamento, si può parlare in almeno due accezioni diverse. Essa può essere intesa come prevedibilità della qualifica dei comportamenti futuri, tale per cui ciascuno può conoscere in anticipo la valutazione giuridica delle azioni possibili<sup>22</sup>; oppure può essere concepita in termini di coerenza logico-formale tra decisioni<sup>23</sup>.

Ebbene, pare potersi escludere che il *ne bis in idem* processuale, vietando un nuovo procedimento *de eadem re* possa in qualche modo contribuire ad assicurare quella certezza del diritto consistente nella prevedibilità della valutazione giuridica dei comportamenti possibili<sup>24</sup>. L'impedimento processuale all'instaurarsi di un nuovo processo intorno alla medesima lite, infatti, si limita ad accrescere il valore giuridico di una decisione *già presa*, che acquista, come si dice, l'autorità

---

<sup>20</sup> Per tutti Law Commission, *Double Jeopardy, A Consultation paper* (CP 156, 1999), p. 32: "If the prosecution could re-prosecute an acquitted defendant, there is a danger that the initial investigation might not be as diligent as it would otherwise be. At present, the fact that there is but one chance to convict a defendant operates as a powerful incentive to efficient and exhaustive investigation". Analog. I. DENNIS, *Rethinking Double Jeopardy: Justice and Finality in Criminal Process*, in *Crim. L. R.*, 2000, 941: "The double jeopardy rule is said to promote efficient investigation and prosecution of offenders because the police and the CPS know that they have only one chance of conviction. Therefore they have an incentive to investigate and prosecute the case as thoroughly as possible, and not to rely on the possibility of making good any deficiencies by bringing a second prosecution later".

<sup>21</sup> Cfr. M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche*, cit., 33 e bibliografia *ivi* citata.

<sup>22</sup> Cfr. G. DE LUCA, voce *Giudicato*, in *Enc. giur.*, vol. XV, Roma, 1988, 2; F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Roma, 1950, 145; A. LEVI, *La certezza del diritto in rapporto con il concetto di azione*, in *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, I, Padova, 1950, 86.

<sup>23</sup> Com'è noto, di certezza del diritto si parla anche con riferimento alla intangibilità delle situazioni giuridiche acquisite dal singolo, nel qual caso la certezza è considerata nella sua proiezione soggettiva e si qualifica come sicurezza dei diritti; cfr. sul punto G. DE LUCA, voce *Giudicato*, in *Enc. giur.*, cit., 2, nonché, *infra*, para. 2.2.

<sup>24</sup> G. LOZZI, voce *Giudicato (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 913.



della cosa giudicata<sup>25</sup>; esso, tuttavia, nulla dice in merito al probabile contenuto di decisioni future.

Per quanto concerne la certezza del diritto intesa come coerenza logico-formale tra decisioni, questa è certamente tutelata dall'attribuzione di efficacia preclusiva al giudicato penale. Il *ne bis in idem*, infatti, impedendo la possibilità di un'indefinita pluralità di processi in relazione allo stesso fatto, è evidentemente funzionale ad evitare, in via anticipata, la coesistenza di pronunce incompatibili tra loro (c.d. conflitti tra giudicati)<sup>26</sup>. Nondimeno, resta da stabilire se il divieto di doppio giudizio sia diretto a prevenire conflitti pratici o teorici tra giudicati.

In prima battuta, infatti, si potrebbe pensare che il divieto di doppio giudizio sia diretto a tutelare il c.d. “valore logico” della sentenza rispetto a possibili divergenti valutazioni del medesimo fatto contenute in altre decisioni penali<sup>27</sup>. Sennonché, se la funzione del *ne bis in idem* fosse quella di evitare l'insorgere di un conflitto teorico tra giudicati – vale a dire l'inconciliabilità logica tra diverse pronunce – non si vedrebbe il motivo di limitare l'efficacia preclusiva del giudicato nei confronti della sola persona già giudicata, ché anzi, tale efficacia negativa dovrebbe estendersi anche ai terzi<sup>28</sup>. Ed invece, il *ne bis in idem* si limita ad offrire tutela esclusivamente alla persona che ha già affrontato un processo per i medesimi fatti: la norma in parola non si occupa affatto della “efficacia riflessa” del giudicato rispetto ai soggetti rimasti estranei al processo<sup>29</sup>. Inoltre, se il *ne bis in idem* processuale fosse diretto a prevenire un conflitto teorico tra giudicati – che maggiormente pregiudica le istanze di certezza giuridica – in tutte le ipotesi di concorso di reati, sia formale che materiale, il giudicato intervenuto su una delle fattispecie criminose precluderebbe l'esercizio dell'azione penale nei confronti dell'altra<sup>30</sup>. Poiché ciò non è, ne deriva che il principio in discorso, risolvendosi nel divieto di giudicare nuovamente la stessa persona per il medesimo fatto, è volto ad evitare esclusivamente l'insorgere di un conflitto *pratico* tra giudicati,

---

<sup>25</sup> G. DE LUCA, voce *Giudicato*, in *Enc. giur.*, cit., 1.

<sup>26</sup> G. DE LUCA, voce *Giudicato*, in *Enc. giur.*, cit., 2.

<sup>27</sup> Sulla differenza tra il “valore logico” ed il “momento imperativo” della sentenza, già U. ROCCO, *L'autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi*, Roma, 1917, 158.

<sup>28</sup> G. DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Milano, 1963, 125.

<sup>29</sup> P.P. RIVELLO, *Analisi in tema di ne bis in idem*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 482 s.; sulla stessa linea, A. BASSI, *I limiti oggettivi dell'effetto preclusivo derivante dal giudicato penale*, in *Cass. pen.*, 1997, 5 ss.

<sup>30</sup> G. LOZZI, *Profili di una indagine sui rapporti tra “ne bis in idem”*, cit., 61.

che, determinando la contemporanea applicabilità di comandi, non solo logicamente inconciliabili, ma anche tra loro praticamente incompatibili, renderebbe l'ordinamento impraticabile; ed invero, una volta che l'imputato fosse stato condannato e prosciolto con due sentenze irrevocabili per il medesimo fatto, l'organo dell'esecuzione non saprebbe a quale dei due comandi dare la prevalenza e l'attuazione della funzione giurisdizionale sarebbe concretamente impossibile<sup>31</sup>.

Pare dunque che la strumentalità del *ne bis in idem* processuale rispetto ad istanze di certezza giuridica non vada eccessivamente enfatizzata: ciò che preme all'ordinamento è evitare la coesistenza di comandi inconciliabili contenuti in due sentenze definitive e dunque garantire una certezza che inerisce al momento imperativo della decisione e non, in via immediata, ai giudizi di fatto o di diritto che ne costituiscono le necessarie premesse<sup>32</sup>. La preclusione processuale è pertanto volta a tutelare il momento imperativo e non quello valutativo della sentenza ed il vincolo del *ne bis in idem* si collega al "fatto della sentenza, indipendentemente dall'accertamento che vi è contenuto"<sup>33</sup>.

## **2.2. La tutela dell'individuo dai possibili abusi delle istituzioni statali**

Sebbene alla base del *ne bis in idem* processuale vi sia anche l'esigenza di evitare la perpetua instabilità delle decisioni giudiziali e, attraverso questa, di assicurare la certezza obiettiva del diritto<sup>34</sup>, la *ratio* più profonda del principio deve dunque essere ravvisata non tanto nella tutela *delle* istituzioni statali, ma nella tutela dei cittadini *contro* le istituzioni statali<sup>35</sup>.

---

<sup>31</sup> G. DE LUCA, voce *Giudicato*, cit., 2 s. Analog., G. LOZZI, voce *Giudicato (diritto penale)*, cit., 914 ss.

<sup>32</sup> G. DE LUCA, voce *Giudicato*, cit., 2.

<sup>33</sup> G. DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, cit., 125.

<sup>34</sup> F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 421.

<sup>35</sup> Ancora attuali le belle parole spese dalla Corte Suprema americana nel decidere il caso *Ex parte Lange* (85 U.S. 18 Wall., 163, 1873), oltre un secolo fa: "every person acquainted with the history of governments must know that state trials have been employed as a formidable engine in the hands of a dominant administration [...] To prevent this mischief the ancient common law [...] provided that one acquittal or conviction should satisfy the law [...] To perpetuate this wise rule, so favorable and necessary to the liberty of citizen in a government like ours, so frequently subjects to changes in popular feeling and sentiment, was the design of introducing into our Constitution the clause in question". Nella dottrina italiana accentuano la portata garantista del divieto di *bis in idem*, tra gli altri, N. GALANTINI, *Il divieto di doppio processo*, cit., 97; G. CONSO-R. GUARINELLO, *L'autorità della cosa giudicata penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, 47.

L'efficacia preclusiva del giudicato protegge il singolo individuo sotto un triplice profilo: in primo luogo, essa sottrae il cittadino alla duplicazione di quella pena "anticipata" in cui consiste il processo, rispondendo così ad esigenze di giustizia sostanziale; in secondo luogo, il divieto di doppio giudizio garantisce il rispetto del principio di legalità mettendo al riparo l'imputato dal pericolo di un abuso del processo da parte della pubblica accusa; infine, come accennato in precedenza, il *ne bis in idem* processuale risponde ad istanze di certezza *soggettiva* sulla stabilità delle situazioni giuridiche e mette al riparo il singolo dai "rischi" di un secondo processo, in primo luogo dall'eventualità di una nuova sanzione<sup>36</sup>.

Con riferimento alle istanze di giustizia "sostanziale", i termini della questione sono oltremodo noti: posto che, com'ha scritto con felice sintesi Carnelutti, "il processo di per sé è pena", in un ordinamento liberaldemocratico il costo, sul piano umano, di un secondo giudizio *in idem* non trova giustificazione adeguata nell'interesse sociale alla ricerca di una presunta verità materiale<sup>37</sup>. Sotto questo profilo, dunque, il *ne bis in idem* processuale costituisce un limite ad un reiterato e *quindi* irragionevole intervento dello Stato nella vita privata dei cittadini<sup>38</sup>, che trova la propria ragione nell'esigenza di sottrarre il singolo ad un'illegittima e potenzialmente infinita persecuzione da parte dei pubblici poteri. Se questa è la matrice del divieto, non desta alcuno stupore che la necessità di considerare l'imputato come un cittadino che ha diritto ad essere lasciato in pace e non vessato, perseguitato o torturato, secondo una terminologia costante fin dalle prime battute della polemica intorno ai limiti del divieto di doppio processo<sup>39</sup>, sia

---

<sup>36</sup> Entrambi questi profili hanno trovato espressione nella celebre affermazione del giudice Black J. nel caso *Green v. United States*, deciso dalla Corte Suprema statunitense nel 1957 (cfr. (1957) 355 U.S. 184, 187 s.) e diventato un punto di riferimento obbligato nell'analisi del divieto di double jeopardy negli ordinamenti di Common Law: "The underlying idea, one that is deeply ingrained in at least the Anglo-american system of jurisprudence, is that the State with all its resources and power should not be allowed to make repeated attempts to convict an individual for an alleged offense, thereby subjecting him to embarrassment, expense and ordeal and compelling him to live in a continuing state of anxiety and insecurity, as well as enhancing the possibility that even though innocent he may be found guilty".

<sup>37</sup> N. GALANTINI, *Il divieto di doppio processo*, cit., 98.

<sup>38</sup> N. GALANTINI, *loc. ult. cit.*

<sup>39</sup> Si v. per esempio quanto affermato dal Lord Chancellor Lord Loreburn di fronte al Parlamento britannico nel 1907: "it approaches the confine to torture to put a man on trial twice for the same offence" (in *Hansard* 5 August 1907, vol. 179, col. 1473). Sul punto, cfr. anche le incisive osservazioni di I. DENNIS, *Rethinking Double Jeopardy: Justice and Finality*, cit., 940.

condivisa dai Paesi di *civil law* e *common law*<sup>40</sup>. Basta pensare all'*harassment* nel processo americano<sup>41</sup> per accorgersi di come alla base della garanzia processuale vi sia l'idea che l'ordinamento, con tutto il suo imponente apparato giudiziario, è in condizione di esaurire in un solo processo le pretese punitive su di un fatto; l'imputato "ha reso, facendosi giudicare, il suo tributo alla giustizia sociale ed acquista il diritto a non essere ulteriormente perseguitato"<sup>42</sup>.

Queste ultime considerazioni offrono il destro per esaminare più analiticamente il secondo profilo della garanzia individuale offerta dal *ne bis in idem*, vale a dire la tutela da un possibile abuso del processo da parte della pubblica accusa. Com'è noto di abuso del processo – l'*abuse of process* del diritto inglese – si può parlare sia nei casi in cui non è possibile per l'imputato ricevere un *fair trial* sia nei casi in cui, sebbene l'imputato potrebbe ricevere un giusto processo, è la stessa sottoposizione ad un giudizio ad apparire *unfair*<sup>43</sup>. Ebbene, come si afferma correntemente nei sistemi di *Common Law*<sup>44</sup> e come è stato recentemente riconosciuto anche dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione italiana<sup>45</sup>, è evidente che un sistema che non considerasse il *ne bis in idem* alla stregua di un principio generale dell'ordinamento, potrebbe aprire la porta a prassi anomale e condotte qualificabili come vero e proprio "abuso del processo".

In particolare, se la possibilità di reiterare l'esercizio dell'azione penale fosse lasciata alla discrezionalità dello stesso organo della pubblica accusa, da un lato si renderebbe possibile un uso strumentale del potere di azione per finalità

---

<sup>40</sup> Sul punto, G. FLETZER, *La garanzia del ne bis in idem e il divieto della double jeopardy*, in *Ind. pen.*, 1970, in particolare, 124.

<sup>41</sup> Cfr. G. FLETZER, *La garanzia del ne bis in idem*, cit., 124; cfr. anche M. L. FRIEDLAND, *Double Jeopardy*, cit., 3 ss.

<sup>42</sup> Così si legge nella relazione dell'on. Stoppato alla Camera dei deputati dell'8 marzo 1912, durante i lavori che precedettero l'approvazione del codice di procedura penale del 1913; la citazione è tratta da M. SESTA, "Ne bis in idem" e concorso formale di reati al vaglio della Corte costituzionale, in *Giust. pen.*, 1977, I, 184; cfr. anche, tra gli altri, L. MORTARA- U. ALOISI, *Spiegazione pratica del codice di procedura penale*, vol. II, Torino, 1922, 253 ss.

<sup>43</sup> Cfr. LAW COMMISSION, *Double Jeopardy and Prosecution Appeals* (LAW COM No 267), 2001, 12: "in the first category are cases in which there has been a delay between the commission of the offence and the trial, where potential evidence has been lost or destroyed, or there has been prejudicial pre-trial publicity. The second category includes cases in which the prosecution has gone back on promises not to prosecute or to discontinue proceedings, or where the defendant has been brought within the jurisdiction in unlawful or unconscionable ways". Per un'applicazione del principio, si v. ad esempio *Beckford*, [1996] 1 Cr App R 94.

<sup>44</sup> Sui rapporti tra le *abuse of process rules* ed il divieto di *double jeopardy*, cfr. *infra* para 3.2, nonché *amplius* LAW COMMISSION, *Double Jeopardy and Prosecution Appeals*, cit., 12.

<sup>45</sup> Cfr. Cass. pen., sez.un., 28 giugno 2005, n. 34655, in *Cass. pen.*, 2006, 28 ss.

inconciliabili con la legalità e l'ordine processuali; dall'altro si rischierebbe di vulnerare la regola della immediatezza e della concentrazione della formazione della prova nel contraddittorio delle parti<sup>46</sup>. In un secondo giudizio, infatti, la pubblica accusa avrebbe il vantaggio tattico di conoscere la strategia difensiva dell'imputato, aumentando così le chance di condanna. Ma soprattutto, vi sarebbe la possibilità per la parte pubblica di celebrare un numero indefinito di processi, fino a trovare un giudice o una giuria compiacente<sup>47</sup> o fino a "sfiancare" l'imputato, che ad un certo punto non sarebbe più verosimilmente in grado di affrontare i costi di un secondo processo<sup>48</sup>. In questo modo, tra le altre cose, il rischio di condannare un innocente aumenterebbe in misura esponenziale<sup>49</sup>.

Vendendo adesso al terzo ed ultimo fondamentale profilo del *ne bis in idem* processuale quale strumento di garanzia dei diritti del singolo, la questione assume coloriture leggermente differenti nei sistemi di *civil law* ed in quelli di *common law*. Mentre infatti i primi evidenziano come il principio in discorso soddisfi un'esigenza imprescindibile del soggetto alla sicurezza dei diritti ed alla stabilità delle situazioni giuridiche, i secondi sottolineano piuttosto come il divieto di doppio processo metta il singolo al riparo dai rischi immancabilmente connessi ad un secondo giudizio e, in generale, dalla situazione di disagio che segue (potenzialmente) il processo. Più precisamente, nei sistemi europeo-continentali,

<sup>46</sup> Cfr. Cass. pen., sez.un., 28 giugno 2005, cit., 34.

<sup>47</sup> "The prosecutor should not be able to search for an agreeable sentence by bringing successive prosecutions for the same offense before different judges", così *Twice in Jeopardy*, cit., 267, che porta ad esempio di violazione delle istanze di giustizia sottese al *ne bis in idem* il caso di *Ciucci v. Illinois*, deciso dalla Corte Suprema statunitense nel 1956 (356 U.S. 571, 1958). Ciucci aveva ucciso la moglie e tre figli ancora piccoli, uno dopo l'altro. Egli fu processato una prima volta per l'omicidio della moglie. Nel corso del giudizio la pubblica accusa presentò in aula anche le prove dell'uccisione dei tre figliolotti e la giuria condannò Ciucci a venti anni di reclusione. Poco soddisfatto del verdetto, il procuratore esercitò nuovamente l'azione penale, questa volta per l'uccisione volontaria delle figlie; anche questa volta l'accusa introdusse nel processo prove concernenti tutti e quattro gli omicidi commessi dall'imputato. Il secondo processo si concluse con la condanna a quarantacinque anni di reclusione. Nondimeno, il procuratore non era ancora soddisfatto ed in un'intervista al *Chicago Daily News* dichiarò: "Nothing short of the death penalty will satisfy the State and we hope to get a jury which will realize the magnitude of this crime" (*Chicago Daily News*, July 29, 1954, p.1 – Final Market Red Streak ed., cit. Da *Twice in Jeopardy*, cit., 281, corsivi aggiunti). Si addivenne così ad un terzo processo, dove, ancora una volta, furono introdotte prove di tutti e quattro gli omicidi. Ciucci fu infine condannato a morte.

<sup>48</sup> Cfr. M. FRIEDLAND, *Double Jeopardy*, cit., 4.

<sup>49</sup> Si v. quanto affermato al riguardo dalla Law Commission britannica (Consultation Paper 156, cit., para 4.5.): "If it is accepted that juries do on occasion return perverse verdicts of guilty, the chance that a particular defendant will be perversely convicted must increase if he or she is tried more than once". Estremamente critico sul punto P. ROBERTS, *Double Jeopardy Law Reform: A Criminal Justice Commentary*, in 65 *Modern Law Review*, 2002, 397 ss.

il *ne bis in idem* processuale è strettamente connesso al principio di consunzione, di cui costituisce una sorta di proiezione soggettiva. Naturale, dunque, che la certezza del diritto, intesa come intangibilità delle situazioni giuridiche acquisite dal singolo e cristallizzate nella pronuncia giudiziale, da un lato, presupponga l'irrevocabilità della sentenza (c.d. cosa giudicata formale), dall'altro, si qualifichi come sicurezza dei diritti<sup>50</sup>; sotto questo profilo, dunque, il *ne bis in idem* è garanzia del diritto soggettivo alla incontestabilità del risultato del processo e dunque, esso stesso, garanzia di libertà dell'imputato già giudicato con sentenza irrevocabile<sup>51</sup>.

Quest'esigenza di sicurezza soggettiva, pur non essendo estranea alla cultura giuridica anglosassone<sup>52</sup>, è diversamente declinata nei sistemi di common law. Negli ordinamenti anglo-americani, infatti, il divieto di doppio processo è concepito innanzitutto come uno strumento volto a garantire che "la vita o il corpo" – *life or limb* – dell'imputato non siano messe più volte in pericolo per il medesimo fatto. "*Nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy*", così recita il quinto emendamento alla Costituzione americana. Da qui, un duplice ordine di conseguenze. Da una parte, è del tutto coerente che la *jeopardy* "attacchi" nel momento in cui l'imputato inizia ad essere realmente "in pericolo" e ne soffre il turbamento, quindi in una fase anteriore a quella dell'epilogo del processo; ed infatti, nel sistema statunitense la *double jeopardy* non presuppone una sentenza definitiva ed è cosa ben diversa dalla preclusione

---

<sup>50</sup> G. DE LUCA, voce *Giudicato*, cit., 1 ss.

<sup>51</sup> G. DE LUCA, *op.ult.cit.*, 2; sul punto, si v. anche A. LEVI, *La certezza del diritto in rapporto con il concetto di azione*, cit., 86. Alla certezza come garanzia del singolo fa riferimento anche F. LOPEZ DE OÑATE (*La certezza del diritto*, cit., 145), secondo il quale la certezza garantisce il diritto in quanto "processo di salvezza anche del singolo, nel suo sostanziale valore etico-sociale che esso porta con sé".

<sup>52</sup> Cfr. *Double Jeopardy*, Consultation Paper No 156, cit., in particolare p. 32: "Finality may also be important in a rather different sense, namely that its absence may be unfair to the defendant. The autrefois rule means that, once a defendant has been acquitted (or convicted and sentenced), he or she knows that that is the end of the matter. In a serious case, the prospect of going through the trial process at some future date is likely to cause great anxiety, both for the defendant and for others involved. At least some acquitted defendants will be prey to a constant and persisting sense of doubt". Analoghe considerazioni sono svolte da un noto giurista americano (P. WESTEN, *The Three Faces of Double Jeopardy: Reflections On Government Appeals of Criminal Sentence*, in 78 *Michigan Law Review*, 1980, 1001), secondo il quale esiste "[the] need for 'repose', a desire to know the exact extent of one's liability, an interest in knowing 'once and for all' how many years one will have to spend in prison".

processuale connessa alla regiudicata<sup>53</sup>. Dall'altra, il divieto di *double jeopardy*, proprio perché ha come punto di riferimento la situazione di rischio obiettivamente corsa dall'imputato, si risolve nell'inammissibilità dell'appello dello Stato avverso le sentenze di assoluzione ed evita, per tale via, che il *prosecutor* possa compiere più di un tentativo per pervenire alla sentenza di condanna<sup>54</sup>.

### 2.3. Gli interessi sociali sottesi al *ne bis in idem*

Il *ne bis in idem* processuale risponde anche ad esigenze della collettività, poiché tutti gli appartenenti alla compagine sociale potranno fare legittimo affidamento sul fatto che chi ha già subito un processo non dovrà continuamente ripercorrere, a causa di quel medesimo fatto, la stessa fatica di Sisifo e che le decisioni prese non verranno messe costantemente in discussione<sup>55</sup>. Sotto quest'ultimo profilo, si potrebbe aggiungere che il *ne bis in idem* è funzionale ad assicurare la stabilità della pace sociale conseguente al processo e dunque a non rinnovare quel conflitto tra la collettività organizzata ed il reo di cui il procedimento penale è espressione<sup>56</sup>. Del resto, già il Parlamento europeo in una risoluzione dei primi anni '80 affermava che la regola del *ne bis in idem* "poggia su due presupposti tra loro fondamentali, [...] la libertà individuale da un lato e, dall'altro, la *vis rei judicatae* come elemento di pace sociale"<sup>57</sup>. Si riconosce quindi come casi giudicabili *ad libitum* finiscano per trasformare la lite in un focolaio cronico, intollerabile per alcun corpo sociale<sup>58</sup>. Infine, l'intangibilità della sentenza passata in giudicato concorre ad attribuire alla pronuncia del giudice un

---

<sup>53</sup> Cfr. G. FLETZER, *La garanzia del ne bis in idem*, 127.

<sup>54</sup> G. FLETZER, *op.ult.cit.*, 127.

<sup>55</sup> M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche*, cit., 33 e bibliografia *ivi* citata.

<sup>56</sup> Cfr. G. DE LUCA, voce *Giudicato*, cit., 2 (corsivi aggiunti), che opportunamente sottolinea come "il giudicato penale tende ad assicurare la sicurezza dei diritti che *prevale* sull'esigenza della pace sociale".

<sup>57</sup> Cfr. la risoluzione del 16 marzo 1984, in GUCE n. C 104 del 16 aprile 1984, 133 ss., originata dal celebre caso Barletta, dal nome dell'imputato condannato sia in Germania che in Italia per uxoricidio; cfr. anche M. PISANI, *Dal Parlamento europeo: verso il ne bis in idem internazionale*, in *Ind. pen.*, 1984, 602 ss.

<sup>58</sup> L. CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, Roma, 1981, 604 s.; cfr. anche L. CORDÌ, *Il principio del ne bis in idem nella dimensione internazionale: profili generali e prospettive di valorizzazione nello spazio europeo di sicurezza, libertà e giustizia*, in *Ind. pen.*, 2007, 788.

crisma di sacertà e rafforza – o per lo meno non indebolisce – la fiducia dei cittadini nel potere giudiziario.

### 3. La nozione di *idem* presupposto del divieto di doppio processo

Posto che, come abbiamo or ora evidenziato, la previsione normativa del *ne bis in idem* processuale risponde ad interessi statuali, individuali e sociali, questa triplice aggettivazione di un fenomeno sostanzialmente unitario serve a sottolineare come le esigenze sottese all'operatività del divieto di doppio giudizio siano molteplici ed alquanto eterogenee. D'altra parte, tutte queste esigenze, che affondano le proprie radici nella tradizione romanistica della *consumptio per litis contestationem*<sup>59</sup> – per cui, esercitando l'azione, l'attore la consuma – e che premerebbero per una dilatazione dell'efficacia preclusiva del giudicato, sono fatalmente destinate a scontrarsi con le ragioni punitive dello Stato e, in ultima analisi, con la stessa idea di giustizia, che tende invece a limitare l'ambito applicativo della preclusione processuale, *ne maleficia maneant impunita*<sup>60</sup>. Pare insomma che i problemi pratico-applicativi sollevati dal *ne bis in idem* processuale portino con sé l'eco della perenne dialettica tra un diritto penale “garantista”, che tende a privilegiare le istanze di certezza oggettiva e soggettiva sottese al giudicato, ed un diritto penale “autoritario”, che mira invece a soddisfare l'esigenza dello Stato di preservare, attraverso l'accertamento e la punizione dei reati, la sicurezza della collettività e l'efficacia intimidatrice del precetto penale<sup>61</sup>. La scelta per l'uno o per l'altro polo dell'alternativa – garanzia *versus* autorità – si rispecchia poi, ovviamente, nell'esegesi della stessa nozione di

---

<sup>59</sup> Sulle origini romanistiche del canone *bis de eadem re ne sit actio*, cfr. G. DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, cit., 136 ss.; si v. anche V. ANDRIOLI, voce *Ne bis in idem*, cit., 186, che sottolinea come, nonostante l'attuale impedimento normativo all'esperimento di un nuovo processo in ordine al medesimo fatto abbia in comune, con la tradizione romanistica la *denegatio actionis*, “ben diverse ne sono le cause dirette: nel diritto romano l'esercizio dell'autonomia privata [...] e nel processo penale (odierno) la sentenza irrevocabile di condanna o di proscioglimento”.

<sup>60</sup> Si v. sul punto D. SPINELLIS, *Global Report. The ne bis in idem principle in “global” instruments*, in *Rev. int. dr. pen.*, 2002, 1149. Che le ragioni di certezza ed economia alla base della preclusione processuale possano richiedere il sacrificio delle esigenze di effettiva giustizia era sottolineato già da M. SINISCALCO (*Il concorso apparente di norme nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 1961, 61 ss.); nella dottrina tedesca cfr., per tutti, F.-C. SCHROEDER, *Die Rechtsnatur des Grundsatzes “ne bis in idem”*, cit., 228: “Diese Regelung [del *ne bis in idem* processuale] kann sogar zu dem Gerechtigkeitsempfinden in krassen Widerspruch treten”.

<sup>61</sup> Cfr. M. SESTA, “*Ne bis in idem*” e concorso formale di reati al vaglio della Corte costituzionale, cit., 181 ss.



*idem* a fronte del quale è precluso un secondo giudizio a carico del medesimo individuo; in particolare, per quanto concerne la nozione di “medesimo fatto” pare possibile scorgere, nella complessa trama delle legislazioni nazionali e delle diverse ed articolate posizioni teoriche, due orientamenti nettamente contrapposti che si sono storicamente alternati con maggiore o minore fortuna in tutti i sistemi processuali europei, tanto di *civil law* che di *common law*<sup>62</sup>.

Secondo il primo orientamento, oggetto di divieto è un duplice giudizio su un unico fatto, inteso come *fatto materiale* ed accadimento di vita unitario<sup>63</sup>; in questa prospettiva, si adotta una nozione pregiuridica di fatto, modellata sulla vicenda criminosa nella sua dimensione storico-naturalistica, indifferente in linea di principio alla problematica dell’unità o pluralità di reati<sup>64</sup>. La conseguenza fondamentale dell’elaborazione di tale nozione “naturalistica” di *res judicata* consiste nell’applicabilità del divieto di *bis in idem* anche nelle ipotesi di reato formalmente concorrente con quello oggetto di previo giudizio; ed invero, nell’ipotesi di concorso formale di reati la “materialità” del reato – il *corpo del delitto* nella manualistica ottocentesca – risulta inalterata<sup>65</sup>.

Il secondo orientamento si contrappone al precedente poiché guarda, anziché all’*idem factum*, all’*idem crimen*<sup>66</sup>. Il senso garantistico della preclusione processuale viene dunque parzialmente eluso elevando a presupposto della garanzia non il fatto “nudo”, nella sua dimensione materiale, ma il fatto

---

<sup>62</sup> M. SESTA, “*Ne bis in idem*”, cit., 182 e ss.

<sup>63</sup> Cfr. J.L. DE LA CUESTA, *General Report*, cit., 711: “with regard to the meaning of *idem*, most [national] reports consider determinative the actual, *historical event* (Austria, Brazil, Finland, France, Germany, Hungary, Italy, Japan, Poland, Romania, Spain, Turkey), already part of previous criminal proceedings”.

<sup>64</sup> Questa prospettiva è particolarmente accentuata nell’ordinamento tedesco; si v. tra gli altri, R.D. HERZBERG, *Ne bis in idem – Zur Sperrwirkung des rechtskräftigen Strafurteils*, in *JuS*, 1972, 113 ss., che, pur non condividendo l’opinione all’epoca dominante, la sintetizza in modo particolarmente felice: “Über die Identität der Tat soll die ‘natürliche Auffassung des Lebens’ entscheiden [...] Nachdrücklich betont wird die Unabhängigkeit vom Handlungsbegriff der materiellrechtlichen Konkurrenzlehre”.

<sup>65</sup> M. SESTA, “*Ne bis in idem*”, cit., 182.

<sup>66</sup> Com’è noto, è questa la regola vigente nel diritto inglese (c.d. *autrefois rule*); cfr. anche LAW COMMISSION, *Double Jeopardy and Prosecution Appeals* (LAW COM No 267), cit., in particolare p.8: “The doctrine of *autrefois acquit* and *autrefois convict* state that no-one may be put in peril twice for the same offence. [...] The offence with which the defendant is now charged must be identical to the offence of which he or she was previously acquitted or convicted. [...] Lord Devlin explained that ‘The word «offence» embraces both the facts which constitute the crime and the legal characteristics which make it an offence. For the doctrine to apply it must be the same offence both in fact and in law’.”

normativamente “qualificato”<sup>67</sup>. Poiché presupposto del divieto di doppio giudizio è l’esistenza di una sentenza avente ad oggetto il medesimo reato, si elabora qui una concezione *normativa* di *res judicata*, per cui l’identità o diversità dei fatti oggetto dei due processi viene a dipendere interamente dalle valutazioni che di essi fa la legge ed un secondo processo è ammissibile già quando il reato ha un diverso *nomen juris*<sup>68</sup>. Conseguentemente, una volta affermata la natura schiettamente normativa del “fatto” la cui identità costituisce il presupposto applicativo del divieto di doppio giudizio, è giocoforza escludere l’efficacia della preclusione processuale nel reato formalmente concorrente, in quanto il fatto criminoso in questione è “giuridicamente” diverso da quello già giudicato<sup>69</sup>.

È evidente che mentre il primo orientamento è maggiormente sensibile alle istanze garantiste sottese al divieto di doppio processo ed amplia al massimo grado lo spettro della tutela offerta all’imputato, il secondo orientamento evidenzia piuttosto le ragioni punitive dello Stato, che fanno premio sulle istanze di garanzia del singolo e conducono ad un notevole ridimensionamento dell’ambito applicativo della preclusione processuale. E poiché la scelta per un’elaborazione della nozione di *idem* in chiave naturalistica piuttosto che normativa indica la misura in cui il diritto del cittadino a non essere giudicato più volte a causa del medesimo illecito può – o meglio, deve – essere sacrificato al corrispondente e contrario diritto dello Stato alla ricerca di una presunta verità materiale, tale scelta non è politicamente neutra ma sottende una ben precisa presa di posizione sui rapporti tra libertà individuale ed autorità statale.

---

<sup>67</sup> Come evidenzia M. SESTA, “*Ne bis in idem*”, cit., 185, la distanza tra i due orientamenti emerge chiaramente dal testo di una legge interpretativa promulgata in Belgio il 21 aprile 1850, in forza della quale “l’article 360 du Code d’instruction criminelle est interprété de la manière suivante : toute personne acquittée légalement ne pourra plus être reprise ni accusée à raison du même fait, tel qu’il été qualifié”.

<sup>68</sup> Cfr. ad esempio *Connelly v DPP*, [1964] AC 1264, dove si è affermato che la *autrefois rule* non è diretta a proteggere l’imputato da un successivo processo per rapina dopo essere stato assolto per l’omicidio commesso nel corso della medesima rapina; tale restrittiva del divieto di *double jeopardy* è stata poi confermata dalla Corte di Appello nel caso *Beedie* ([1998] QB 356, 361, per Rose LJ). In ogni caso, come del resto sottolineato dalla LAW COMMISSION, *Double Jeopardy*, cit., 9: “Even on this narrow view, however it is only in law that the offences charged must be identical to the previous charge. The facts need only be *substantially* the same. As Lord Devlin put it, ‘I have no difficulty about the idea that one set of facts may be substantially but not exactly the same as another’, whereas, in respect of identity in law, ‘legal characteristics are precise things and are either the same or not’.”

<sup>69</sup> M. SESTA, “*Ne bis in idem*”, cit., 182.

Ciò detto, si rende a questo punto necessaria una duplice ed essenziale precisazione. Si tratta di indagare, da una parte, i riflessi che la scelta per un sistema processuale inquisitorio o accusatorio hanno sull'ampiezza della preclusione; dall'altra, la plausibilità di soluzioni per così dire intermedie, a mezza via tra una concezione "naturalistica" della *res judicata* ed una schiettamente normativa.

### **3.1. L'ampiezza della preclusione processuale nell'alternativa tra sistemi inquisitori ed accusatori**

Vero che l'alternativa tra una nozione storico-naturalistica ed una normativa di *res judicata* acquista un significato pregnante alla luce della contrapposizione tra un diritto penale garantista ed uno autoritario, nondimeno pare che suddetta contrapposizione, per così dire ideologica, non esaurisca il senso più profondo della *querelle* intorno al concetto di *idem* presupposto del *ne bis in idem* processuale. Tanto l'analisi storica che comparatistica dimostrano invero che un ruolo altrettanto essenziale nell'individuazione del presupposto applicativo del divieto di doppio processo è giocato dalla concezione del processo penale dominante in un particolare momento storico<sup>70</sup> e, in particolare, dai poteri decisori attribuiti al giudice, che, com'è noto, differiscono notevolmente nei sistemi accusatori ed inquisitori.

Con un sufficiente margine di approssimazione, la relazione esistente tra la nozione di *idem* e la concezione del processo penale accolta in un determinato ordinamento potrebbe essere così sintetizzata: mentre i sistemi di tipo inquisitorio accolgono tendenzialmente una nozione "storico-naturalistica" di *res judicata*, i sistemi processuali di tipo accusatorio prediligono una concezione normativa di *idem*, ammettendo il rinnovamento del processo ogni volta in cui il fatto storico è diversamente qualificato. Pare insomma che alla base della diversa ampiezza della preclusione processuale stiano anche e soprattutto i poteri di qualificazione del

---

<sup>70</sup> Spunti in questo senso in M. SESTA, "*Ne bis in idem*", cit., 185: "per i ricercatori, come sempre accade quando sono in gioco delle scelte di valore, si trattava di aderire motivatamente e sulla base della propria concezione del processo penale ad una soluzione in chiave di potere".

fatto storico attribuiti all'autorità giudicante – la c.d. *Untersuchungspflicht* del diritto tedesco - che sono diversi da Paese a Paese<sup>71</sup>.

Così, in un sistema tendenzialmente inquisitorio come quello tedesco, dottrina e giurisprudenza si sono adoperate per avallare una lettura ampia del divieto di doppio processo contenuto nell'art. 103 paragrafo 3 del *Grundgesetz*; ed invero, si è detto, dal momento che il principio inquisitorio obbliga il giudice a valutare il fatto presentato dall'accusa sotto *ogni* profilo giuridico, è naturale che questo potere possa essere esercitato soltanto una volta<sup>72</sup>. Altrimenti detto, poiché il giudice tedesco non è in alcun modo vincolato alla qualificazione giuridica del fatto contenuta nella richiesta di rinvio a giudizio e l'imputato potrebbe essere condannato per qualunque delitto corrispondente al fatto storico realizzato<sup>73</sup>, è del tutto coerente che a fronte di un rischio di condanna così alto, anche la garanzia da un doppio processo assuma la massima ampiezza possibile, vale a dire quella ancorata ad una nozione “naturalistica” di *idem*<sup>74</sup>.

Una soluzione diametralmente opposta è quella accolta in Gran Bretagna dove, a fronte di un sistema accusatorio, si adotta un'interpretazione oltremodo restrittiva della preclusione processuale, tale per cui il principio *ne bis in idem* trova applicazione solo se i fatti oggetto di giudizio sono i medesimi anche sotto il profilo giuridico-normativo<sup>75</sup>. Come accennato, tale lettura restrittiva della garanzia processuale si giustifica con il fatto che in base al diritto inglese l'imputato rischia di essere condannato esclusivamente per il reato indicato dall'accusa, poiché il giudice non può qualificare diversamente il fatto contenuto nel capo di imputazione. È del tutto coerente, dunque, che il medesimo imputato possa essere successivamente giudicato per un reato diverso – seppure scaturente

---

<sup>71</sup> In questo senso anche H. THOMAS, *Das Recht auf Einmaligkeit*, cit., 198.

<sup>72</sup> Nello stesso senso H. THOMAS, *Das Recht auf Einmaligkeit*, cit., 198.

<sup>73</sup> Si v. per esempio H. THOMAS, *Das Recht auf Einmaligkeit*, cit., 198: “In Deutschland erfasst der Strafklageverbrauch automatisch alle Delikte, welche der Angeklagte im Verlauf des der Straftat zugrunde liegenden historischen Geschehens beging, weil er eines jeden dieser Delikte schuldig gesprochen hätte werden können, unabhängig davon, ob er dieser Delikte zu Prozessbeginn angeklagt war”.

<sup>74</sup> Analog. H. THOMAS, *Das Recht auf Einmaligkeit*, cit., 198

<sup>75</sup> Cfr. LAW COMMISSION, *Double Jeopardy and Prosecution Appeals* (LAW COM No 267), cit., 8 ss.

dal medesimo fatto in senso naturalistico – per il quale il giudice non avrebbe potuto comunque condannarlo in un precedente giudizio<sup>76</sup>.

Merita inoltre evidenziare come proprio la stretta correlazione esistente tra l'efficacia del *ne bis in idem* ed il sistema processuale nel quale la preclusione è destinata ad operare sia stata utilizzata in passato per giustificare, all'interno dello stesso Paese, una diversa interpretazione di norme sostanzialmente identiche adottate però in tempi diversi. Ci si riferisce alla nota polemica avvenuta in Francia all'inizio dell'Ottocento e concernente il significato da attribuirsi alla garanzia contenuta nel *Code d'Instruction Criminelle* del 1808, il cui articolo 360 statuiva che “*toute personne acquittée légalement ne pourra plus être reprise ni accusée à raison du même fait*”<sup>77</sup>. Com'è emerso sin dalle prime battute della controversia che seguì all'entrata in vigore del codice napoleonico, quella formulazione del divieto di doppio giudizio non rappresentava alcuna novità di rilievo poiché, come accennato, una disposizione praticamente identica era contenuta nel codice di brumaio del 1795. Sennonché, mentre la norma contenuta nel *Code des délits et des peines* del 1795 era stata interpretata concordemente da dottrina e giurisprudenza in modo tale da far sì che la preclusione operasse anche nelle ipotesi di concorso formale di reati<sup>78</sup>, vigente il nuovo codice si assistette ad un netto *revirement* della giurisprudenza, che interpretò il “fatto” come *fait qualifié* e limitò così l'ambito di efficacia del divieto di doppio giudizio.

Senza poter qui indugiare sul punto<sup>79</sup>, ciò che pare degno di nota è la reazione della dottrina dell'epoca di fronte all'amputazione, in via pretoria, di una fondamentale garanzia di libertà del cittadino. Al rovesciamento di prospettive della giurisprudenza fece infatti da sponda l'impegno della comunità scientifica volto a giustificare il netto *revirement* giurisprudenziale in nome di un – reale o

---

<sup>76</sup> Una conferma in questo senso sembra venire dal *Report* della LAW COMMISSION, *Double Jeopardy*, cit., 8, dove si legge che la *autrefois rule* opera non solo quando il secondo processo ha ad oggetto un reato per cui la persona è stata precedentemente assolta o condannata ma anche in relazione a quei reati per i quali *l'imputato avrebbe potuto essere assolto o condannato* in caso di *alternative verdict*; sul punto, si v. anche l'analisi di H. THOMAS, *Das Recht auf Einmaligkeit*, cit., 194 ss.

<sup>77</sup> La norma è riportata, tra gli altri, da M. SESTA, “*Ne bis in idem*”, cit., 184.

<sup>78</sup> Il *Code des délits et des peines* del 3 brumaire an IV (25 ottobre 1795) riprendendo l'art. 3 tit. VIII della legge 16-29 settembre 1791, stabiliva “*tout individu ainsi acquitté peut poursuivre ses dénonciateurs pour ses dommages-intérêts. Il ne peut plus être repris ni accusé à raison du même fait*”; cfr. sul punto M. SESTA, “*Ne bis in idem*”, cit., 184.

<sup>79</sup> Su cui M. SESTA, “*Ne bis in idem*”, cit., 184 s.

presunto poco importa ai nostri fini – cambiamento intervenuto nella struttura processuale in cui le norme sul divieto di doppio processo si sarebbero dovute inserire. Ed invero – si disse all’epoca – dal momento che il processo ha subito un cambiamento tale per cui la giuria non è più chiamata a valutare il fatto nella sua interezza ma solo “*dans ses rapports avec l’acte d’accusation et les qualifications qu’il lui donne*”, è del tutto coerente che l’assoluzione di un accusato “*ne purge que l’accusation sur laquelle le jury a prononcé, et non les autres accusation ou préventions auxquelles le fait peut donner lieu*”<sup>80</sup>. Da un lato, dunque, si cercò di presentare il nuovo corso in materia di *ne bis in idem* come una scelta tecnica, scevra da qualunque giudizio di valore – *Je ne prétends pas que le système du Code d’instruction soit préférable à celui du Code de brumaire : je dis simplement qu’il diffère essentiellement*, si disse<sup>81</sup>. Dall’altro si giustificò un’interpretazione restrittiva del divieto di doppio giudizio utilizzando un argomento – quello della limitatezza dei poteri del giudice in merito alla qualificazione giuridica del fatto – che sembra preso a prestito dal diritto inglese. Ed un volta che il concetto di “fatto” fu risolto in quello di “accusa” se ne trassero le logiche conseguenze in tema di *ne bis in idem*: “*le Code d’instruction criminelle appelle fait l’accusation elle-même le crime qualifié, et non l’acte matériel à raison duquel est intervenue l’accusation*”<sup>82</sup>.

### **3.2. Tra una nozione naturalistica ed una normativa di *res judicata*: le soluzioni giurisprudenziali e dottrinali improntate ad un *middle of the road approach***

Chiarita la dimensione politico-ideologica del dibattito intorno alla ampiezza della *res judicata*, bisogna comunque prendere atto del fatto che nella maggior parte dei sistemi europei hanno trovato riconoscimento una pluralità di soluzioni intermedie, a metà strada fra le due concezioni-limite della *res judicata* (normativa o naturalistica) prima tratteggiate. Tali soluzioni, nel segno di un *middle of the road approach*, sono state tutte sollecitate dalla prassi applicativa ed

---

<sup>80</sup> M. MANGIN, *Traité de l’action publique et de l’action civile*, Bruxelles, 1839 (trad. It, Napoli 1842), 363.

<sup>81</sup> MANGIN, *loc. ult. cit.*

<sup>82</sup> Legrauerend, cit. da M. SESTA, “*Ne bis in idem*”, cit., 185.

elaborate in via giurisprudenziale; solo in seconda battuta sono state fatte oggetto di una più compiuta teorizzazione da parte della dottrina e, nel caso, recepite dal legislatore. Le concezioni del *ne bis in idem* processuale che apparivano eccessivamente rigide non hanno dunque resistito alla prova dei fatti. E questo sia quando il legislatore aveva optato per una configurazione “ampia” del divieto di doppio giudizio, subordinando la preclusione processuale all’esistenza di un fatto identico sotto il profilo storico-naturalistico; sia quando il legislatore aveva scelto di limitare al massimo la garanzia processuale, vietando un secondo processo soltanto quando questo avesse ad oggetto un identico reato.

Proprio perché elaborate in via pretoria al fine di contemperare le esigenze di certezza del diritto, repressione degli illeciti e garanzia del singolo, queste soluzioni intermedie, da un lato, sono capaci di rispondere alle problematiche sollevate dai casi di concorso formale di reati e progressione criminosa in misura ben più soddisfacente delle soluzioni per così dire tradizionali, che invece si pongono in una logica di aut-aut<sup>83</sup>. Dall’altro lato, tuttavia, proprio perché nate dall’esigenza di render giustizia volta per volta, nel singolo caso oggetto di giudizio, queste soluzioni si caratterizzano tutt’oggi per un’estrema fluidità, che le rende difficilmente inquadrabili all’interno di più ampie sistematizzazioni teoriche. In questa prospettiva, non sembra insensato affermare che le difficoltà che si incontrano nel tentativo di cogliere la reale dimensione del *ne bis in idem* processuale nei singoli ordinamenti nazionali sia dovuta non tanto a scarsi approfondimenti dottrinali quanto alla naturale – si direbbe quasi fisiologica – ritrosia di un principio garantista a farsi sussumere in astratti schemi giuridici buoni per ogni situazione. Sembra insomma che i molti contrasti giurisprudenziali evidenziati dalla dottrina<sup>84</sup>, il numero elevatissimo di eccezioni all’operatività della preclusione – tanto che spesso non si capisce più dove comincia la regola e

---

<sup>83</sup> Per una più ampia analisi delle soluzioni accolte a livello europeo, si v. per tutti, J.L. DE LA CUESTA, *Concurrent National and International Criminal Jurisdiction and the principle ‘ne bis in idem’*, *General Report*, cit., 711 ss.

<sup>84</sup> Emblematici i contrasti giurisprudenziali tuttora esistenti in Francia; cfr. ad esempio L. DESESSARD, *Les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe ne bis in idem*, in *Rev. intern. de droit pénal*, 2002, 915: “Si la jurisprudence adopte, en général, une conception matérielle des faits dans les cas non visés par l’article 368 du CPP, on trouve encore certaines décisions qui admettent de nouvelles poursuites de faits déjà jugés sous une qualification juridique différente. Certains justifient ces décisions par l’apparition d’élément nouveaux après la première condamnation. On peut cependant y voir une atteinte au principe *ne bis in idem*, pour les besoins de la répression”.

dove finisce l'eccezione<sup>85</sup> – in una parola la natura oltremodo casistica delle regole in materia di *ne bis in idem*, sia una conseguenza non tanto della “senilità dottrinale” del principio<sup>86</sup>, quanto piuttosto della sua estrema vivacità e dell'essere specchio di un assetto di equilibri di poteri sempre mutevole e perciò difficilmente imbrigliabile in regole sufficientemente generali ed astratte.

Ciò detto in via generale, prendendo le mosse dai tentativi diretti a *ridurre*, in via esegetica, i margini applicativi del divieto di doppio processo così come individuato dal legislatore, si assiste alla elaborazione di una nozione di “fatto” che, pur esprimendo l'identità storico-naturalistica del reato, non è del tutto estranea a connotazioni di tipo normativo. Un esempio in questo senso è offerto da una pressoché costante giurisprudenza della Corte di Cassazione italiana, che ha affermato a più riprese che l'espressione “medesimo fatto” ai fini del divieto di *bis in idem* deve essere intesa come “coincidenza di tutte le componenti della fattispecie concreta oggetto dei due processi, onde il ‘medesimo fatto’ esprime l'identità storico-naturalistica del reato, in tutti i suoi elementi costitutivi identificati nella condotta, nell'evento e nel rapporto di causalità, in riferimento alle stesse condizioni di tempo, di luogo e di persona”<sup>87</sup>. In senso analogo si è espressa la Suprema Corte olandese, che fin dalla prima metà degli anni '60 ha affermato che il legislatore, nel sancire il divieto di doppio processo in presenza del “medesimo fatto” (*hetzelfde feit*), non intendesse con ciò subordinare la preclusione processuale alla mera identità di condotta criminosa. Per questo motivo, le Corti olandesi, al pari di quelle italiane, adottano un approccio “misto”, che tiene conto della distanza cronologica esistente tra i vari atti, della volontà dell'autore del reato e del bene giuridico tutelato dalle fattispecie che si ritengono violate<sup>88</sup>. Una situazione simile si verifica in Spagna: anche qui la giurisprudenza

---

<sup>85</sup> Cfr. *Twice in Jeopardy*, cit., 263: “The prohibition is not one rule but several, each applying to a different situation; and each rule is marooned in a sea of exception.”

<sup>86</sup> In questo senso *Twice in Jeopardy*, cit., 264.

<sup>87</sup> Cass. sez. un. 28 giugno 2005, n. 34655. Nello stesso senso, Cass., Sez. VI, 17 gennaio 2003, Agate ed altri, rv. 227711; Sez. I, 10 gennaio 2003, Grieco, rv. 223832; Sez. VI, 16 novembre 1999, P.G. in proc. Balzano; Sez. I, 16 aprile 1997, Vanoni ed altri, rv. 207653).

<sup>88</sup> Si v. sul punto A. KLIP – H. VAN DER WILT, *Non bis in idem*, in *Rev. int. dr. pen.*, 2002, 1095: “The prevailing rule in the case law since 1963 is that we deal with the same facts if ‘facts were committed under circumstances out of which apparently a link exists between the temporal coincidence of the acts and the essential coherence between acts and guilt of the perpetrator’. In a decision from 1972, the Supreme Court added an additional element to the criterion requiring that it concerns a similar reproach of guilt. In sum, the Dutch approach combines the historical facts



ha elaborato una nozione “intermedia” di *res judicata*<sup>89</sup> per cui, mentre si sottolinea come la preclusione processuale sia ancorata al “fatto” e non al “reato”, al medesimo tempo si precisa che “*para fundamentar la prohibición de non bis in idem, se entiende que los echos son identico cuando hablamos de supuestos de hecho contemplados en la norma*”<sup>90</sup>.

Come accennato, a questi sforzi della giurisprudenza ha fatto da sponda l’impegno della comunità scientifica dei diversi Paesi, volto a ricondurre a sistema la pluralità di soluzioni emerse in via di prassi. Senza potersi qui dilungare sul punto, basti qui richiamare le molte elaborazioni del divieto di doppio processo che hanno segnato la produzione scientifica italiana, tanto sotto il codice del 1930 che sotto quello del 1988. Ed invero, posto che l’art. 649 c.p.p., al pari dell’art. 90 del vecchio codice di rito<sup>91</sup>, lascia insoluta la questione relativa all’applicabilità della preclusione processuale nelle ipotesi di concorso formale di reati, la dottrina a più riprese ha affrontato il problema di comprendere se il legislatore, nel

---

with the legal qualification of the crime for which the accused is prosecuted twice. If a second crime based on the same historical facts protects entirely different values, then the accused may not enjoy the protection of Article 68”.

<sup>89</sup> Cfr. M.DEL MAR DÍAZ PITA, *Informe sobre el principio non bis in idem y la concurrencia de jurisdicciones entre los tribunales penales españoles y los tribunales penales internacionales*, in *Rev.int. dr. pen.*, 2002, 879: “es decir, para la doctrina mayoritaria, el presupuesto de la prohibición que nos ocupa es un hecho y no un crimen. Sin embargo, la interpretación de este hecho tampoco se lleva a cabo de una forma estrictamente naturalística, sino llegando a una conclusión intermedia, en el sentido de que los hechos que se enjuician y que determinan la identidad o no en función de esta prohibición, deben ser examinados a la luz de la propia tipificación de los mismos tanto en el ámbito penal como en el administrativo”.

<sup>90</sup> M.DEL MAR DÍAZ PITA, *Informe sobre el principio*, cit., 879, che così prosegue: “se ha de tener en cuenta, partiendo evidentemente del desarrollo naturalístico de los hechos, aquellos elementos que en su consideración conjunta, han sido tornados por el legislador para construir el supuesto de hecho de la sanción. La posibilidad, pues, de que un hecho acaecido sea subsumible en una norma y que esa subsunción permita la imposición de la sanción es lo que determina la identidad del hecho en la que se fundamenta la prohibición del *non bis in idem*”.

<sup>91</sup> Com’è noto, l’art. 90 ultimo cpv. del progetto preliminare del codice del ’30 stabiliva testualmente: “questa disposizione [relativa al *ne bis in idem*] non si applica quando l’imputato abbia violato con il medesimo fatto più disposizioni di legge e si debbano osservare le norme sul concorso di reati e di pene. In tal caso, ove il giudicato non riguardi tutte le disposizioni di legge applicabili, e, trattandosi di una sentenza di proscioglimento, questa non abbia escluso che il fatto sussista o che l’imputato lo abbia commesso, ovvero non abbia dichiarato che sono insufficienti le prove che il fatto sussista o che l’imputato lo abbia commesso, si procede contro l’imputato per quel titolo di reato che rimane da giudicare”. Nella relazione al progetto definitivo il Guardasigilli giustificò tale disposizione asserendo che essa non contrastava con il divieto di doppio giudizio pure sancito dall’art. 90 c.p.p. poiché “nel secondo giudizio non avviene una modificazione del titolo anteriore, bensì la contestazione di un titolo nuovo”. Il capoverso in questione fu tuttavia oggetto di tante e tali critiche che, nonostante l’autorevole difesa che ne fece il Guardasigilli, fu in seguito definitivamente soppresso. Si v., per un’analisi dell’intera vicenda, G. DE LUCA, *Concorso formale di reati e limiti oggettivi della cosa giudicata penale*, cit., 188 s.

momento in cui ha sancito espressamente l'irrelevanza del mutamento del titolo di reato ai fini del *ne bis in idem*, abbia voluto inequivocabilmente manifestare la propria opzione a favore di una nozione "storico-naturalistica" di "fatto"<sup>92</sup>. Com'è noto, fra le soluzioni oggi maggiormente accreditate vi sono proprio quelle che si pongono a metà strada fra fatto storico e schema legale; in questa prospettiva, il fatto viene identificato nella c.d. fattispecie giudiziale, vale a dire nel risultato del processo di astrazione compiuto dal giudice al fine di sussumere il fatto storico nel *Tatbestand* legale<sup>93</sup>. L'elemento che assume rilevanza ai fini della presunzione, dunque, non è il fatto storico, naturalisticamente inteso, ma la rappresentazione che di esso è contenuto nella fattispecie giudiziale: l'operazione di confronto si volge tra due fatti giuridici<sup>94</sup>.

Come accennato, la necessità di temperare applicazioni troppo rigide del *ne bis in idem* processuale non si manifesta soltanto in quegli ordinamenti che, come l'Italia, attribuiscono alla preclusione processuale la massima ampiezza possibile, per lo meno sulla carta. Un'analoga esigenza – anche se di segno opposto – si palesa infatti in quegli ordinamenti che hanno invece optato per l'altro polo dell'alternativa, subordinando il divieto di doppio giudizio all'esistenza di fatti identici sotto il profilo giuridico-normativo. Il riferimento è al sistema britannico, dove la *autrefois rule* vieta che lo stesso individuo debba affrontare un secondo processo avente ad oggetto la medesima *offence*. E poiché il divieto di doppio giudizio opera solo se i reati contestati hanno il medesimo *nomen juris* (*identity in law and in fact*), si sono cercate soluzioni di compromesso tutte le volte in cui un'applicazione troppo rigida della *autrefois rule* sembrava condurre a risultati iniqui.

Un primo tentativo è stato quello di avallare una lettura ampia della *autrefois rule*, in grado di abbracciare anche le ipotesi in cui il secondo processo avesse ad oggetto *sostanzialmente* lo stesso reato<sup>95</sup>. Tale interpretazione estensiva della preclusione, tuttavia, pur essendo autorevolmente avallata, non ha avuto

---

<sup>92</sup> Per un'ampia disamina del dibattito dottrinale circa l'ampiezza della preclusione di cui all'art. 649 c.p.p. italiano, si v. P.P. RIVELLO, *Analisi in tema di ne bis in idem*, cit., 486 ss.

<sup>93</sup> G. DE LUCA, *Concorso formale di reati e limiti oggettivi*, cit., 194.

<sup>94</sup> G. DE LUCA, *Concorso formale di reati e limiti oggettivi*, cit., 194.

<sup>95</sup> Così, Lord Morris of Borth-y-Gest, secondo il quale ([1964] AC 1254, p. 1305, *per* Lord Morris of Borth-y-Gest) sarebbe stato preferibile applicare il divieto di doppio processo "also where the offences were *substantially* the same"; cfr. LAW COMMISSION, *Double jeopardy*, cit., 9.

l'appoggio della maggioranza all'interno della *House of Lord*. Quest'ultima, infatti, fin dalla metà degli anni '60 ha ribadito il principio per cui la *autrefois rule* trova applicazione solo se i fatti oggetto dei due giudizi sono identici sul piano giuridico-normativo<sup>96</sup>. Al limite, secondo la *House of Lord*, i fatti materiali oggetto dei due giudizi possono essere non identici ma "sostanzialmente gli stessi"; la qualificazione giuridica, tuttavia, deve essere la medesima. E questo perché le caratteristiche normative sono cose precise: esse sono uguali o diverse, *tertium non datur*<sup>97</sup>.

Fallito così il tentativo di interpretare estensivamente la *autrefois rule*, le Corti inglesi hanno deciso di battere un'altra strada al fine di garantire al divieto di doppio giudizio un sufficiente margine applicativo. In particolare, si è detto che la protezione avverso la *double jeopardy* non è offerta solamente dalla *autrefois rule* ma anche dal c.d. *Connelly principle*, che costituisce una speciale applicazione della regola sull'abuso del processo. Pertanto, quando un secondo processo ha ad oggetto fatti identici sotto il profilo storico-naturalistico e diversi sotto il profilo normativo, non viene in gioco la *autrefois rule* ma trovano applicazione le regole sull'abuso del processo<sup>98</sup>. Quest'ultima impostazione teorica ha ricevuto l'avallo della *House of Lord*. La seconda camera del Parlamento inglese, infatti, nella stessa pronuncia in cui ha affermato che la *autrefois rule* opera solamente laddove i reati sono i medesimi, ha chiarito che un secondo giudizio avente ad oggetto i medesimi fatti appare *prima facie* illegittimo, per cui spetta alla pubblica accusa dimostrarne la correttezza<sup>99</sup>. In altre parole, l'esistenza di un primo

---

<sup>96</sup> Cfr. la decisione della House of Lord in *Connelly v. DPP* ([1964] AC 1254). In quella occasione Lord Devlin si esprime in questi termini: "The word 'offence' embraces both the facts which constitute the crime and the legal characteristics which make it an offence. For the doctrine to apply it must be the same offence both in fact and in law". Questa interpretazione restrittiva della *autrefois rule* è stata di recente ribadita nel caso *Beedie* ([1998] QB 356, 362).

<sup>97</sup> Cfr. LAW COMMISSION, *Double jeopardy*, cit., 9, para 2.5: "Even on this narrow view, however, it is only in law that the offences charged must be identical to the previous charge. The facts need only be *substantially* the same. As Lord Devlin put it, 'I have no difficulty about the idea that one set of facts may be substantially but not exactly the same as another', whereas, in respect of identity in law, 'legal characteristics are precise things and are either the same or not'."

<sup>98</sup> "Outside the boundaries of the strict *autrefois rule*, protection against double jeopardy is provided by a special application of the abuse of process rules", così LAW COMMISSION, *Double jeopardy*, cit., 12, para 2.14.

<sup>99</sup> Cfr. LAW COMMISSION, *Double Jeopardy*, cit., 12: "Under the *Connelly principle* this burden [of proof] is reversed. As Lord Devlin explained, where a person has once been tried in respect of particular facts, it is *prima facie* oppressive to put that person on trial a second time in relation to

processo, pur non impedendo l'instaurazione di un secondo giudizio avente ad oggetto la medesima vicenda criminosa, fa presumere una scarsa correttezza processuale della pubblica accusa, determinando un'inversione dell'onere della prova in materia di *abuse of process*. Mentre infatti la regola generale in materia di abuso del processo prevede che sia l'imputato a dimostrare che la pubblica accusa ha violato principi di correttezza processuale, laddove i fatti materiali sono identici, poiché vi è un rischio di *bis in idem* l'onere della prova è invertito<sup>100</sup>.

La situazione che si determina può dunque essere così sintetizzata: da una parte, la *autrefois rule* – che determina una preclusione processuale in senso stretto – non protegge l'imputato dai rischi di un secondo processo se questo ha ad oggetto lo stesso fatto storico diversamente qualificato dalla pubblica accusa. Dall'altra parte, tuttavia, l'imputato gode della tutela offerta dal *Connelly principle*, vale a dire una presunzione di illegittimità del processo, tutte le volte in cui il secondo giudizio ha ad oggetto i medesimi fatti, a prescindere dalla loro qualificazione giuridica. In assenza di “speciali circostanze” in grado di giustificare la formulazione di una nuova imputazione per i medesimi fatti, l'imputato è così garantito dai rischi di un secondo giudizio dalla presunzione contenuta nel *Connelly principle*. In questo modo, come ha chiarito la dottrina più recente, si è sostanzialmente ampliato l'ambito applicativo del divieto di doppio giudizio ben oltre i limiti che da una prima lettura della *autrefois rule* sembrerebbero emergere<sup>101</sup>.

#### **4. Le esigenze sottese al riconoscimento del *ne bis in idem* sostanziale e la portata applicativa del principio**

---

those same facts, because it will normally be the case that the second charge could and should have been dealt with at the same time as the first”.

<sup>100</sup> Cfr. LAW COMMISSION, *Double jeopardy*, cit. 12, che sottolinea come nel caso di *abuse of process* “it remains rare for a case to be stayed. The formal burden of proof (on the balance of probabilities) rests on the defendant, who normally has to show that there is something so unfair and wrong that the court should not allow a prosecutor to proceed with what is in all other respects a regular proceeding. Under the *Connelly* principle this burden is reversed”.

<sup>101</sup> Per una lettura della sentenza *Connelly* come un sostanziale ampliamento dell'ambito applicativo del divieto di doppio processo, seppure giustificato da un principio di *fairness* e dal rispetto dei canoni del *due process*, cfr. ad es. P. ROBERTS, *Acquitted Misconduct Evidence and Double Jeopardy Principles, From Sambasivan to Z*, in *Crim. Law Review*, 2000, 955: “After *Connelly* it became clear that proceedings might be abusive, and therefore vulnerable to being stayed, if they amounted *in substance* (though not strictly in law) to multiple or repeat prosecution of the same underlying offence” (corsivi aggiunti).

Venendo adesso all'esame del *ne bis in idem* sostanziale, è noto che il principio in discorso è solitamente inteso come divieto di duplice – o molteplice – pena a cagione del medesimo illecito. Per quanto poi concerne la *ratio* del principio, è affermazione condivisa che il suo valore ispiratore risieda in basilari esigenze di giustizia.<sup>102</sup> Sennonché, le prime difficoltà si incontrano già nel momento in cui si cerca di delineare con maggiore precisione i tratti caratteristici di tale valore fondativo, interrogandosi su quali siano queste istanze equitative cui il *ne bis in idem* è propriamente strumentale. È pur vero che in tutte le elaborazioni dogmatiche vi è sempre, al fondo, un richiamo ad un'idea di proporzione<sup>103</sup>, che a volte assume la più netta fisionomia di esigenze di congruità tra illecito e sanzione<sup>104</sup>, ma qui sembra arrestarsi l'unità di vedute in materia. Anzi, qualunque studio sul *ne bis in idem* sembra muovere proprio dalla constatazione dell'esistenza di due fondamentali linee di pensiero, fra loro irriducibili, che attribuiscono diverso fondamento e contenuto precettivo al principio<sup>105</sup>.

In un importante studio di alcuni anni orsono, autorevole dottrina ha infatti distinto tra una concezione “assolutistica” secondo la quale il *ne bis in idem* stabilisce che non può essere punito più volte il *fatto* che corrisponde, contemporaneamente ed in tutte le sue parti, a più fattispecie criminose, ed un'opposta concezione, secondo la quale il principio suonerebbe così: non può essere addebitato più volte allo stesso soggetto un unico *reato*<sup>106</sup>. Sotto questo angolo visuale, dunque, la contrapposizione tra le due visioni del principio sembra non solo netta, ma anche saldamente ancorata alla nozione di “*idem*” che, costituendo il fondamentale presupposto applicativo del divieto di duplice pena, segnerebbe il punto di divergenza delle due possibili letture del *ne bis in idem*<sup>107</sup>; ed invero, da un lato esso coinciderebbe con il *fatto*, dall'altro esso si identificherebbe con il *reato*.

<sup>102</sup> M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit., 41 s.

<sup>103</sup> Si v. ad es. A. PAGLIARO, *Sullo schema di legge delega per un nuovo codice penale*, in *Giust. pen.*, 1993, II, 257.

<sup>104</sup> M. PAPA, *Definizioni legislative e concorso apparente di norme: note comparatistiche*, in *Omnis definitio in iuris periculosa? Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, a cura di A. Cadoppi, Padova, 1996, 451.

<sup>105</sup> Così M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale*, cit., 42.

<sup>106</sup> F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 424 ss.

<sup>107</sup> F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 424.

Sulla scorta di questa fondamentale distinzione tracciata da Ferrando Mantovani, studi più recenti si sono fatti carico di dare ragione dell'alternativa tra due possibili concezioni del *ne bis in idem* sostanziale e, in questo modo, hanno contribuito a rendere più evidente la frattura esistente in seno alla dottrina penalistica italiana. Michele Papa, soprattutto, ha evidenziato come, nel quadro delle diverse ed articolate ricostruzioni teoriche del principio, sia possibile scorgere l'esistenza di "una eclatante e problematica dicotomia": da un lato, vi sono coloro che pongono il "*factum*" al centro del giudizio di medesimezza; dall'altro, vi sono quanti si pongono il problema dell'unità o pluralità del *crimen*, vale a dire dell'illecito<sup>108</sup>.

Secondo il primo indirizzo, l'*idem* a fronte del quale non sarebbe ammissibile reiterare la valutazione giuridica, andrebbe individuato avuto riguardo non tanto al disvalore sostanziale espresso complessivamente dal reato, quanto, piuttosto, prendendo come riferimento prioritario il fatto; in questa prima accezione, dunque, il *ne bis in idem* sostanziale suonerebbe così: poiché lo stesso fatto non può essere contemplato che da una sola norma, ogni volta che il medesimo fatto è apparentemente previsto da più di una fattispecie astratta solamente una deve trovare applicazione<sup>109</sup>. Alla luce di un secondo gruppo di teorie, invece, poiché il *ne bis in idem* farebbe divieto di valutare più volte il medesimo contenuto d'illecito, l'operatività del principio non sarebbe ricollegata alla "medesimezza del fatto", ma presupporrebbe una previa analisi circa l'unità o pluralità di reato<sup>110</sup>; in questa seconda prospettiva, dunque, il *ne bis in idem* suonerebbe così: non è possibile applicare due fattispecie incriminatrici laddove esiste unità d'illecito o, come anche si dice, laddove esiste una "unità normativa del fatto". Alla luce della sistematica adottata da Michele Papa, dunque, data l'assenza di un nucleo comune di significato del principio in discorso, la portata precettiva del *ne bis in idem* può essere pertanto individuata *in via alternativa* nel divieto di molteplice valutazione penalistica dello stesso fatto *ovvero* nel divieto di reiterare il medesimo giudizio di illecito<sup>111</sup>.

---

<sup>108</sup> M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit., 42.

<sup>109</sup> F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 424 ss.; M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit., 43 ss.

<sup>110</sup> M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit., 42 ss.

<sup>111</sup> M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit., 42 ss.

Ebbene, conviene fin da subito dire che l'adozione di questa logica bipartita – *ne bis in idem* inteso o come divieto di molteplice valutazione penalistica dello stesso fatto o come divieto di reiterazione del medesimo giudizio di illiceità – solleva più di una perplessità. Questa lettura del dibattito teorico sviluppatosi in seno alla dottrina penalistica italiana pare poco convincente nel momento in cui pone a base della distinzione tra le due concezioni del *ne bis in idem* un criterio – quello dell'alternativa tra *factum* e *crimen* – quantomeno ambiguo. Ed infatti, se con ciò si vuol dire che solo il *factum storico* può essere oggetto di duplice qualificazione giuridica e che solo il *giudizio di illiceità* può essere oggetto di reiterazione – e quindi di un divieto di reiterazione da parte del giudice – non solo si direbbe cosa ovvia, ma si rischierebbe di svilire il senso più profondo di queste autorevoli elaborazioni dottrinali<sup>112</sup>. D'altra parte, a ritenere che *factum* e *crimen*, così come delineati da questo Autore, costituiscono, in via alternativa, i possibili predicati di quell'*idem* che costituisce il presupposto applicativo del *ne bis in idem* sostanziale, la suddetta distinzione avrebbe un significato esclusivamente classificatorio e per giunta di ben scarsa portata; ed invero, resterebbe in ogni caso da stabilire il contenuto del divieto in cui il *ne bis in idem* consiste e, più precisamente, cosa si intende con il termine “duplice valutazione” e la correlativa preclusione.

Ma soprattutto, ciò che poco convince di questi tentativi di sistematizzazione della *ratio* e della portata precettiva del *ne bis in idem* sostanziale è che, per questa via, si finisce per porre a base della distinzione due piani d'indagine differenti: quello della determinazione della nozione di “medesimo fatto” e quello concernente il ruolo assunto dal *ne bis in idem* rispetto alla problematica del concorso di norme e di reati<sup>113</sup>. In questo modo però si rischia di incorrere in un

---

<sup>112</sup> Com'è noto, infatti, l'analisi svolta da Michele Papa, proprio attraverso l'utilizzo del concetto di *factum*, è volta a superare la distinzione tra fatto storico e fattispecie astratta quale elementi realmente qualificanti la funzione e la portata applicativa del *ne bis in idem* sostanziale; cfr. M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit., 50.

<sup>113</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 425 (corsivi aggiunti), che, dopo aver descritto le diverse nozioni di “medesimo fatto” che caratterizzano le due possibili concezioni del principio, così sintetizza il diverso ruolo svolto dal *ne bis in idem* nella teoria del concorso apparente di norme: “per la concezione assolutista, esso esplica una funzione prioritaria, assurgendo a *criterio* per stabilire quand'è che si ha concorso apparente di norme e quand'è che si ha concorso di reati, in sostituzione dei criteri tradizionali [...]. Per l'opposta concezione, il suddetto principio non assolve alcuna funzione risolutiva, limitandosi a riassumere il criterio conclusivo di un'indagine condotta in base ad altri criteri: esso opera in quanto il fatto costituisca

equivoco, finendo per ravvisare un'alternativa irriducibile sulla base di premesse che meriterebbero invece di essere meglio esplicitate. In particolare, qualche incertezza deriva dalla circostanza che alla base della distinzione ora tratteggiata e fondata sull'alternativa tra il *factum* ed il *crimen* vi è l'instaurazione di una duplice correlazione: da un lato, tra il *fatto* come oggetto del divieto di duplice valutazione ed il *ne bis in idem* inteso come criterio risolutivo delle problematiche del concorso apparente di norme, volto ad evitare che sia punito più volte il fatto che corrisponde contemporaneamente, ed in tutte le sue parti, a più fattispecie criminose; dall'altro, tra il *contenuto d'illecito* come oggetto del divieto di duplice valutazione ed il *ne bis in idem* inteso come principio che presupporrebbe una *previa* analisi circa l'unicità o pluralità di reato<sup>114</sup>. Ma per evidenziare la fallacia di questa duplice correlazione basta porre mente al fatto che la *previa* individuazione di un'unità di illecito non sembra una prerogativa esclusiva delle teorie pluraliste di stampo valoriale, poiché alla base del concorso formale di reati sta sempre una nozione pre-giuridica di azione, su cui si radica la problematica di una plurima valutazione giuridica di un fatto unitario sotto il profilo materiale<sup>115</sup>. In altre parole, sia che si muova da un approccio strutturale, sia che si muova da un approccio valoriale, rimane fermo che il divieto di molteplice pena per il

---

un solo reato [...]. Una funzione, dunque, meramente ricognitiva, di una realtà *previamente* stabilita per altre vie". *Analog.* M. PAPA, *op. cit.*, 43: secondo il primo indirizzo "non può essere punito più volte il *fatto* che corrisponde contemporaneamente, ed in tutte le sue parti, a più fattispecie criminose. [...] Secondo invece un secondo gruppo di teorie, [...] l'operatività del *ne bis in idem*, essendo finalizzata a *non reiterare il medesimo giudizio di illiceità*, anziché essere collegata alla "medesimezza del fatto", presupporrebbe piuttosto una *previa* analisi circa l'unità o pluralità di reato".

<sup>114</sup> In questo senso, chiaramente, F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 425; la correlazione, invero, pare più sfumata nella ricostruzione operata da M. PAPA (*Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit., in particolare 43).

<sup>115</sup> Si v., ad esempio, I. PUPPE, *Funktion und Konstitution der ungleichartigen Idealkonkurrenz*, in *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1982, 146: "Der Handlungsbegriff muss aber offenbar unabhängig von den jeweils erfüllten Tatbeständen sein, denn er soll ja verschiedene Tatbestandsverwirklichungen zu einer Einheit verbinden"; si v. anche le acute critiche di S. PROSDOCIMI, voce *Concorso di reati e di pene*, in *Dig. disc. pen.*, II, 1988, 508 ss. e ID., *Contributo alla teoria del concorso formale di reati*, Padova, 1981, *passim*. Proprio dall'analisi di quest'A. emerge come, una volta respinta l'idea di un concetto di "azione" caratteristico del concorso formale di reati, non resta altro da fare se non riconoscere che anche il concorso formale di reati si caratterizza per una pluralità di azioni, per cui la "sola azione" alla base del concorso altro non è che l'azione di *uno* dei reati concorrenti, la quale venga a violare al contempo anche altra norma incriminatrice. In questa prospettiva, ciò che permetterebbe di distinguere tra concorso materiale e concorso formale di reati è il fatto che, mentre nel primo le attività esecutive sono del tutto separate o l'area di interferenza riguarda soltanto atti del processo esecutivo, nel secondo l'azione od omissione costitutiva di un reato viola in concreto anche altra disposizione incriminatrice.



medesimo fatto ha ragione di porsi se e nella misura in cui si è di fronte ad una condotta unitaria<sup>116</sup>.

Se così stanno le cose, allora, non sembra insensato affermare che *factum* e *crimen* non costituiscono a rigore i poli di una reale dicotomia. Essi, piuttosto, rappresentano i termini di un problema più ampio: il riferimento al fatto – quindi alla *forma* della lesione – ed al suo disvalore sostanziale – dunque al giudizio di illiceità che costituisce la *ratio* della minaccia di pena – sono soltanto due diversi modi per impostare il problema e risolvere la dialettica tra norma astratta e fatto storico che costituisce l'essenza più profonda del *ne bis in idem* sostanziale. La contrapposizione tra *factum* e *crimen*, non è dunque espressione, propriamente, della duplicità di significato attribuita al principio, quanto, invece, della irriducibile ambiguità che lo caratterizza e che dipende dalla ricerca di un punto di equilibrio tra il disvalore concreto del fatto realizzato ed il disvalore astratto incarnato dalle norme giuridiche concorrenti su quel fatto.

##### **5. (Segue) Verso una nuova sistematica del *ne bis in idem* sostanziale**

Avere segnalato l'insufficienza dei criteri solitamente utilizzati per cogliere la *ratio* e la valenza del *ne bis in idem* non significa, ovviamente, ritenere che una distinzione fra diversi modi di intendere il principio non sia metodologicamente corretta e logicamente fondata. Ed invero, una volta evidenziato come il *ne bis in idem* sostanziale viva nella costante ed ineliminabile dialettica tra il disvalore concreto del fatto realizzato e quello normativo delle norme giuridiche applicabili, pare potersi suggerire una diversa sistematica, capace di dar conto della frattura esistente all'interno delle elaborazioni teoriche del principio. La fondamentale alternativa pare invero legata alla diversa funzione che il *ne bis in idem* è chiamato a svolgere: quella di *criterio* per determinare quando sussiste unità di illecito oppure quella di principio capace di imporre l'applicazione di un'*unica*

---

<sup>116</sup> Analog. G. C. THOMAS III, *A unified theory of multiple punishment*, in 47 *University of Pittsburgh Law Review*, 1985, 1 ss.; l'Autore, dopo aver evidenziato che "the question of when a criminal episode constitutes a single unit of conduct is a difficult one that depends on the facts and the statute at issue", così prosegue "if a defendant's conduct is nonunitary, then the multiple penalties imposed on that defendant cannot be multiple punishment, regardless of whether the punishments are imposed pursuant to single or multiple criminal statutes, and the inquiry is at an end".

*norma* e l'irrogazione di un'unica sanzione a fronte di un'unità di illecito determinata in base a differenti criteri. Sotto questo profilo "funzionale" sembrano ipotizzabili due contrapposte visioni del principio, dove la prima sottolinea l'esigenza di ricondurre il fatto naturalistico ad unità normativa, laddove possibile (ad un solo fatto deve corrispondere un'unica norma); la seconda, di converso, afferma la necessità che a fronte di un'unità d'illecito sia solo una la norma in concreto applicabile (ad un solo reato deve corrispondere un'unica pena).

In altre parole la scelta di fondo in materia di *ne bis in idem* sostanziale concerne, prima ancora che la nozione di "medesimo fatto", lo stesso scopo sotteso all'applicazione del principio e la sua collocazione sistematica: se esso inerisca al piano del *Tatbestand*, vincolando il giudice nel momento della valutazione del fatto storico e della sua qualificazione giuridica, o se, invece, esso si riferisca esclusivamente al momento sanzionatorio, precludendo al giudice il cumulo delle pene a fronte di un illecito unitario<sup>117</sup>. Se si accoglie la prima linea di pensiero, diventa giocoforza ritenere che il *ne bis in idem* sostanziale costituisca l'ultimo baluardo della tipicità, intervenendo direttamente nel processo di sussunzione del fatto storico nella norma astratta; il principio in parola, dunque, garantisce un rapporto di congruenza tra fatto storico realizzato e norme giuridiche applicate dal giudice. Di contro, alla luce della seconda concezione, il *ne bis in idem* è volto a garantire un rapporto di congruità tra il fatto storico realizzato e la pena comminata dal giudice, con buona pace delle istanze di tipicità.

Ciò detto in via generale, si rende necessaria qualche precisazione.

Innanzitutto, come accennato, alla duplicità funzionale che caratterizza il *ne bis in idem* non corrisponde necessariamente un'alternativa concernente l'oggetto del divieto – *rectius* l'oggetto della duplice valutazione preclusa dal principio. Ed infatti, se il *ne bis in idem* è assunto come criterio per determinare l'unità di illecito, esso può avere come referente obiettivo tanto il fatto tipico (il *factum*) quanto il contenuto di disvalore ad esso sotteso (il *crimen*); di contro, se la

---

<sup>117</sup> Cfr. M. PAPA, *Definizioni legislative e concorso apparente*, cit., 435, il quale evidenzia come "proprio la dottrina più recente aveva ormai collocato la trattazione di tale istituto [del *ne bis in idem*] nella teoria della norma e dunque su di un piano logicamente antecedente rispetto al giudizio di congruità tra reato e pena".

funzione del *ne bis in idem* è quella di precludere l'applicazione di più norme a fronte di un illecito unitario, ancora una volta resta da stabilire se questa unità di illecito debba essere ravvisata su un piano fattuale oppure valoriale.

In secondo luogo, è evidente che se si muove dalla prima impostazione teorica e dunque dall'idea che il *ne bis in idem* sostanziale costituisca lo strumento interpretativo che deve guidare il giudice nella valutazione circa l'*esistenza* di una plurima qualificazione giuridica del medesimo fatto, questo stesso principio non potrà essere invocato una seconda volta per individuare quale, fra le norme concorrenti, debba trovare esclusiva applicazione; in altre parole, e richiamandoci al sistema codicistico italiano, se il *ne bis in idem* è la regola interpretativa che consente al giudice di stabilire quando si è in presenza della "stessa materia" e dunque *quante* norme devono essere applicate nel caso di specie, sarà compito del legislatore prevedere una norma *diversa ed ulteriore* volta ad affermare quale fattispecie è destinata a prevalere (ad es. l'art. 15 c.p.)<sup>118</sup>. Se invece si muove dall'assunto secondo il quale il *ne bis in idem* esaurisce la propria funzione nell'escludere un cumulo sanzionatorio in presenza di un fatto penalmente unitario, resta da stabilire, alla stregua delle indicazioni legislative, quali siano i criteri in grado di guidare il giudice nel giudizio sulla identità – *rectius* sulla "unitarietà" – del fatto.

Oltre a ciò, la circostanza che il *ne bis in idem* possa operare "a monte" precludendo l'applicazione di una o più norme incriminatrici nel momento della astratta qualificazione giuridica del fatto, oppure "a valle" sul piano del contenuto sanzionatorio, presupponendo un preliminare e diverso giudizio circa l'unitarietà giuridica del fatto concretamente realizzato, non esclude che il *proprium* assiologico del principio sia in sé unitario. Il fondamento del principio in discorso, infatti, pare risiedere comunque nell'esigenza di evitare un cumulo sanzionatorio ogni volta in cui, sul piano sostanziale, non si è raggiunto il disvalore obiettivo

---

<sup>118</sup> La diversità delle problematiche inerenti all'apparenza del concorso – la determinazione, cioè, di *quante* disposizioni applicare – rispetto alla questione della individuazione della norma prevalente – relativa, cioè, alla scelta di *quale* disposizione applicare – è opportunamente segnalata da G. DE FRANCESCO, voce *Concorso apparente di norme*, in *Dig. disc. pen.*, II, 1988, 420 ss, e, più ampiamente, ID., *Lex specialis. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, Milano, 1980, *passim*.

necessario e sufficiente a giustificare l'esistenza di un concorso di reati<sup>119</sup>. Pertanto, ciò che sembra assumere rilevanza dirimente e segnare la distanza tra due contrapposte concezioni del *ne bis in idem* è la funzione assolta dal principio in relazione alla problematica del concorso di reati: se esso stesso costituisca il criterio che consente di *stabilire* i contorni giuridici del fatto o se, di contro, esso si limiti ad imporre l'applicazione di un'unica sanzione, dopo che, per altre vie, si è giunti ad affermare l'esistenza di un illecito unitario. Ed a questa distinzione funzionale del *ne bis in idem* corrisponde una scelta di fondo circa il peso che si decide di attribuire alle valutazioni normative rispetto alle peculiarità del fatto storico ed al contenuto di disvalore di cui questo è portatore, nel momento in cui si confronta il fatto concreto con le fattispecie incriminatrici astrattamente applicabili.

In particolare, posto che il reato costituisce una realtà necessariamente normativa, il cui accertamento non può prescindere dal riferimento ad un parametro giuridico di qualificazione della realtà fattuale, è sul piano della dialettica tra incriminazione astratta e fatto storico che assume rilevanza la contrapposizione tra le due diverse visioni del *ne bis in idem*. Mentre le teorie strutturaliste sono tendenzialmente funzionali ad istanze di certezza giuridica – *rectius* certezza della ineluttabilità delle conseguenze giuridiche – postulando l'applicazione di tutte le norme concorrenti su un medesimo fatto storico ogni volta che il singolo fatto corrisponde contemporaneamente e in tutte le sue parti alle diverse fattispecie astratte, le teorie valoriali postulano la prevalenza delle istanze di congruità tra illecito e sanzione rispetto all'esigenza, propria dell'ordinamento, di vedere applicate *tutte* le norme incriminatrici ogni volta in cui queste, per così dire, non si escludono a vicenda. Così, mentre le prime si segnalano per un certo formalismo e per la prevalenza accordata al momento imperativo del precetto penale, sottolineando il contrasto esistente tra il fatto storico e le plurime direttive di comportamento dettate dal legislatore, le seconde si caratterizzano per un più marcato materialismo e per una maggiore attenzione ai profili sostanziali della fattispecie, per cui l'intero perno su cui esse ruotano finisce per essere il rapporto di proporzione tra la risposta sanzionatoria

---

<sup>119</sup> A. VALLINI, *Concorso di norme e di reati*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, Torino, 2001, vol. II, 384.

dell'ordinamento e l'illecito in concreto realizzato. Inoltre, posto che sia le concezioni strutturaliste del *ne bis in idem* sia le impostazioni pluraliste e valoriali à la Pagliaro rispondono ad istanze di congruità tra illecito e sanzione, queste esigenze di proporzione sembrano diversamente declinate nelle due impostazioni dottrinali<sup>120</sup>. In particolare, i sostenitori dell'approccio strutturalista sembrano innanzitutto preoccupati di garantire la proporzione tra reato e pena nella sua dimensione *relativa*, dunque valutata in relazione comparativa con la gravità della pena prevista in un'altra fattispecie concorrente; diversamente, i sostenitori del modello pluralista, attraverso il richiamo a principi come quello di sussidiarietà e consunzione, guardano innanzitutto alla proporzione intesa nella sua dimensione *assoluta*, tendenzialmente svincolata dal livello di pena previsto per diversi illeciti.

La distinzione adesso tratteggiata tra le diverse funzioni che il *ne bis in idem* sostanziale può svolgere consente inoltre di evidenziare – se mai ve ne fosse bisogno – come la problematica del concorso di norme e di reati si collochi in uno spazio che non è libero dalla politica criminale<sup>121</sup>. Qualunque teorica sul *ne bis in idem* implica infatti un complesso bilanciamento tra istanze di proporzionalità e di tipicità e, pertanto, riflette un dato assetto di rapporti tra potere legislativo e giudiziario. Così, mentre le impostazioni strutturaliste denotano una tendenziale sfiducia nei confronti del potere giudiziario, quelle pluraliste di stampo valoriale esaltano il potere discrezionale del giudice nella commisurazione della pena.

Da ultimo, preme evidenziare come l'analisi comparatistica in materia di *ne bis in idem* sembra dare conferma della fisiologica ed ineliminabile ambivalenza che affligge il divieto di molteplice pena per il medesimo fatto, comunque questo sia declinato. Si prenda per esempio il divieto di *double punishment* sancito dal V Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti. Come è stato efficacemente evidenziato da un noto studioso statunitense alcuni anni orsono, tale divieto, di

---

<sup>120</sup> La correlazione esistente tra i diversi modi di intendere la proporzione e la disciplina del concorso di reati è evidenziata da A. ASHWORTH, *Sentencing and Criminal Justice*, 4. ed., Cambridge, 2005, 254.

<sup>121</sup> In questo senso già M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche*, cit., 97 ss.; e ID., *Definizioni legislative*, cit., 432: “in nessun modo la teoria del concorso e la sua disciplina positiva possono essere collocati in uno “spazio libero dalla politica criminale”. Il concorso di norme non può essere ridotto ad una sorta di *puzzle* intellettuale: un *enigma* che pone una sfida da affrontare in un campo del tutto privo di collegamenti con le fondamentali scelte di tutela operate dal legislatore”.

rango costituzionale, è stato fatto oggetto di due interpretazioni radicalmente diverse l'una dall'altra<sup>122</sup>. Da un lato, infatti, vi è chi ritiene che la *double jeopardy clause* costituisca essa stessa il parametro alla cui stregua devono essere stabiliti i contorni giuridici del fatto criminoso ed il massimo di pena edittale vigente per tale reato; in questa prima prospettiva, pertanto, il divieto costituzionale di molteplice pena per il medesimo fatto si risolve in un limite per lo stesso legislatore, il quale, nel definire le diverse fattispecie criminosi e le corrispettive pene, non può “raddoppiare” la misura di pena che la stessa *double jeopardy clause* ha stabilito essere il massimo di pena irrogabile per quel determinato reato<sup>123</sup>; in questa prospettiva, dunque, il divieto di *double jeopardy* si risolve in un limite alla discrezionalità delle scelte di politica criminale, vincolate a più o meno rigidi canoni di proporzionalità. Dall'altro lato, e di converso, parte della giurisprudenza e della letteratura ritiene che la *double jeopardy clause* si limiti a richiamare le disposizioni legislative che definiscono le fattispecie incriminatrici e le rispettive pene; sotto questo angolo visuale, pertanto, il principio in discorso vincola il giudice e non il legislatore. Mentre infatti quest'ultimo gode della più ampia discrezionalità in materia di scelte incriminatrici, le Corti violano la *double jeopardy clause* quando impongono una pena più severa di quella stabilita dal legislatore federale o nazionale<sup>124</sup>.

Al di là dei contenuti attribuiti al divieto di *double jeopardy* dalle Corti statunitensi, le riflessioni condotte da questo studioso sembrano dare conferma di come, a tutte le latitudini, il *ne bis in idem* sostanziale si colora sempre di una particolare ambivalenza, segno della inafferrabilità e della vivacità di questo principio. Ciò detto, è tempo adesso di analizzare più approfonditamente quelli

---

<sup>122</sup> P. WESTEN, *The Three Faces of Double Jeopardy: Reflections On Government Appeals of Criminal Sentence*, in 78 *Michigan Law Review*, 1980, 1023 ss.

<sup>123</sup> P. WESTEN, *The Three Faces of Double Jeopardy*, cit., 1024: “According to that view, a states violates the prohibition of double punishment whenever it defines criminal offenses in such a way as to “double up” on what the double jeopardy clause itself defines to be the maximum sentence for an underlying offense”. In giurisprudenza, si veda *Iannelli vs. United States*, 420 U.S. 770, 792-94 (1975) (Douglas, J., dissenting).

<sup>124</sup> P. WESTEN, *The Three Faces of Double Jeopardy*, cit., 1025: “It is also said, on the other hand, that the double jeopardy clause merely incorporates by reference whatever the domestic law – state or federal – defines as an offense and as a lawful sentence for an offense; hence, a court violate the double jeopardy clause if it imposes a sentence in excess of what the legislature intended as the full penalty for the particular offence”. In giurisprudenza, si v. *Whalen v. United States*, 100 S. Ct. 1432, 1443-45 (1980) (Rehnquist, J., dissenting).

che sembrano essere i due fondamentali paradigmi applicativi del *ne bis in idem* sostanziale.

### **5.1. Il *Ne bis in idem* sostanziale come fondamento dell'istituto del concorso apparente di norme**

Come detto in precedenza, il primo significato che può attribuirsi al *ne bis in idem* sostanziale è quello di costituire il fondamento dell'istituto del concorso apparente di norme. Sotto questo profilo, il divieto di molteplice pena per il medesimo fatto rappresenta il criterio direttivo in grado di guidare il giudice nel momento in cui è chiamato a decidere se si è di fronte ad un caso di concorso apparente di norme ovvero di un concorso di reati. La forza precettiva del principio risiede nell'escludere l'applicazione congiunta di più norme incriminatrici, pure astrattamente concorrenti su di un medesimo fatto storico, ogni volta che il fatto corrisponde, contemporaneamente ed in tutte le sue parti, a più fattispecie criminose<sup>125</sup>.

Premessa necessaria di questa impostazione dottrinale è porre a base del concorso formale una nozione pregiuridica di “azione”, la quale è in grado di ricondurre ad unità una pluralità di condotte normativamente intese; solo a questa condizione, infatti, è possibile ritenere che concorso apparente di norme e concorso formale di reati costituiscono figure perfettamente speculari, caratterizzandosi ambedue per l'intervento di più norme su di un medesimo fatto storico<sup>126</sup> e distinguendosi proprio in forza del *ne bis in idem*. Alla stregua di questa prima concezione, quindi, il *ne bis in idem* sostanziale, guardando direttamente ai rapporti intercorrenti tra le fattispecie astratte, consente di stabilire che il fatto è identico non solo sotto il profilo naturalistico, ma anche sotto il profilo propriamente penalistico, “in tutti i casi in cui, pur corrispondendo a più fattispecie, è da entrambe contenuto in tutti e per gli stessi elementi e *per la sola ragione* di essere in ambedue simultaneamente ed egualmente compreso”<sup>127</sup>. Queste dottrine, dunque, da un lato muovono da una nozione pre-giuridica di azione, dando per scontata l'unicità del fatto sotto il profilo materiale e storico-

---

<sup>125</sup> F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 424.

<sup>126</sup> In questo senso, espressamente, A. VALLINI, *Concorso di norme e di reati*, cit., 385.

<sup>127</sup> F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 424, corsivi aggiunti.

naturalistico; dall'altro, configurano il principio del *ne bis in idem* come criterio da utilizzarsi per decidere dell'identità del fatto sul piano astratto-normativo e dunque della sua "unicità penale".

L'unicità della risposta sanzionatoria non costituisce altro che una *conseguenza* dell'applicazione del *ne bis in idem* sostanziale e, in particolare, del fatto che esso, regolando i rapporti strutturali tra diverse disposizioni incriminatrici, esclude l'applicabilità di una o più norme pure astrattamente concorrenti su di un fatto. Questo non significa, tuttavia, che il *ne bis in idem* sostanziale, inerendo ai rapporti strutturali tra le norme, risponda ad esigenze di tipo logico-sistematico anziché equitativo: logica è la relazione strutturale che incorre tra le norme e non di per sé l'applicazione di una sola tra le disposizioni concorrenti<sup>128</sup>. Ed invero, le norme incriminatrici, caratterizzandosi per una conseguenza giuridica – la pena – in sé cumulabile, ben potrebbero essere oggetto di un'applicazione congiunta anche nelle ipotesi in cui sussiste tra di esse una relazione di specialità, senza con ciò violare alcun principio di necessità logica<sup>129</sup>; è solo in forza dell'efficacia del *ne bis in idem* che si esclude la contemporanea applicabilità di norme che disciplinano il medesimo fatto.

Inoltre, poiché in questa prospettiva concorso apparente di norme e concorso formale di reati costituiscono figure perfettamente speculari, caratterizzandosi ambedue per l'intervento di più norme su di un medesimo fatto storico<sup>130</sup>, l'eventuale minor trattamento sanzionatorio riconosciuto al concorso formale rispetto al concorso materiale si giustifica solo in forza del minore disvalore soggettivo, e non già obiettivo, di una fattispecie concorsuale<sup>131</sup>; una volta escluso, alla stregua del *ne bis in idem* sostanziale, che il fatto è penalmente unico, l'unica ragione che legittima un'attenuazione della risposta punitiva risiede nella unitarietà del processo deliberativo e quindi nella minore riprovevolezza soggettiva<sup>132</sup>. In altri termini, se si attribuisce al *ne bis in idem* la funzione di

---

<sup>128</sup> M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I (art. 1-184), 3. ed, Milano, 2004, 175.

<sup>129</sup> A. VALLINI, *Concorso di norme e di reati*, cit., 377.

<sup>130</sup> Cfr. A. VALLINI, *Concorso di norme e di reati*, 385.

<sup>131</sup> A. VALLINI, *Concorso di norme e di reati*, cit. 384.

<sup>132</sup> In questo senso, di recente, A. VALLINI, 382 ss.; nella letteratura meno recente, cfr., per tutti, A. MORO, *Unità e pluralità*, Padova, 1954, 145 s. Fortemente critico sul punto, S. PROSDOCIMI, *Contributo alla teoria del concorso formale di reati*, cit., 14 ss.



determinare l'apparenza o meno del concorso di norme sul piano astratto e tutto normativo delle fattispecie incriminatrici in gioco, coerenza impone di configurare l'istituto del concorso formale di reati come una sorta di disciplina eccezionale e derogatoria rispetto alle disposizioni che sanciscono il principio del cumulo delle pene nelle ipotesi di concorso di reati, la quale si fonda esclusivamente su un'attenuazione dei profili di disvalore soggettivo. La ragione del trattamento sanzionatorio di favore non deve dunque rinvenirsi nell'applicazione del *ne bis in idem* sostanziale, che opera, per così dire, a monte, e la mancata ripetizione, sul piano storico-concreto, di uno degli elementi costitutivi dei reati concorrenti (nella specie, l'azione o l'omissione), non giustifica, di per sé, alcuno scomputo di pena.

Infine, se si muove dall'idea che il *ne bis in idem* costituisca il fondamento su cui poggia l'istituto del concorso apparente di norme, non solo si dà per scontata l'unicità del fatto sotto il profilo materiale e storico-naturalistico, ma si finisce per svilirne i tratti caratterizzanti ogni volta in cui questi non sono stati presi in considerazione dal legislatore. Ed invero, in questa impostazione dottrinale, il fatto storico costituisce solamente il punto di partenza di un'indagine tutta tesa ad individuare le norme entro le quali esso è astrattamente sussumibile ed i rapporti logico-strutturali esistenti tra di esse; è dunque un'analisi condotta *a priori*, del tutto indifferente alle peculiarità del caso concreto. In questa prospettiva infatti, l'unità dell'azione (o dell'omissione) in cui consiste il reato ben può convivere con la contemporanea realizzazione di due condotte, normativamente intese, tra le quali non sussiste né identità né specialità, e dunque condurre all'affermazione di un concorso formale di reati. Così, se per avventura la violazione di una norma del codice della strada fosse sanzionata penalmente, nulla osterebbe a che l'eccesso di velocità in cui è incorso il guidatore e che ha causato la morte di un uomo, venisse allo stesso addebitato due volte: la prima come violazione autonoma, la seconda come condotta causale rispetto all'evento lesivo, configurante la misura c.d. oggettiva della colpa. In una logica strutturale, infatti, una volta preso atto della eterogeneità delle due fattispecie, non resta che escludere la configurabilità di un concorso formale di reati<sup>133</sup>. Si comprende allora come, alla stregua di questa

---

<sup>133</sup> Cfr. G.A. DE FRANCESCO, *Profili sistematici dell'omicidio colposo commesso con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, 129 ss.

prima concezione che si muove su di un piano esclusivamente normativo, l'accento cade necessariamente sul contenuto precettivo delle disposizioni penali.

## **5.2. Il *ne bis in idem* sostanziale come corollario del principio di proporzione**

Mentre la caratteristica principale dell'impostazione strutturalista appena descritta consiste nell'utilizzo del *ne bis in idem* sostanziale quale criterio discrezionale delle ipotesi di concorso apparente di norme e di concorso formale di reati, in una prospettiva sostanzialista il medesimo principio è invece chiamato ad operare "a valle", per così dire, riferendosi esclusivamente al momento sanzionatorio della fattispecie. Lo scopo del principio, pertanto, è impedire l'irrogazione di una pena maggiore di quella comminata in astratto dal legislatore<sup>134</sup>. In questo secondo modello ricostruttivo, quindi, il *ne bis in idem* risponde all'esigenza di evitare un cumulo sanzionatorio a fronte di un illecito penalmente unitario; il divieto di molteplice pena dispiega la propria efficacia prescindendo dall'esistenza di un *medesimo* fatto storico<sup>135</sup>. Da qui alcune conseguenze di non poco momento.

In primo luogo, l'interprete è costretto ad adottare criteri diversi ed ulteriori rispetto a quelli logico-strutturali, al fine di escludere un cumulo di pene anche in assenza di una identità del fatto. In questa prospettiva, infatti, il *ne bis in idem* sostanziale non sta ad indicare – meglio, a disciplinare – un rapporto logico tra norme, ma un rapporto di valore che ha ad oggetto fatti giuridici. La forza precettiva del *ne bis in idem* consiste dunque nell'escludere l'applicazione di una determinata norma giuridica quando "l'apprezzamento negativo dell'accadere concreto appare già tutto compreso nella norma che prevede il reato più grave, di

---

<sup>134</sup> Cfr. G.C. THOMAS III, *A unified theory*, cit., 52. "a defendant suffers multiple punishment when punished in a manner not authorized by the legislature". Di particolare interesse la giurisprudenza riportata da questo Autore; si v. ad esempio *Ohio v. Johnson*, 104 S. Ct. 2536, 2541 (1984), dove si legge che il divieto di molteplice pena per il medesimo fatto "is designed to ensure that the sentencing discretion of courts is confined to the limits established by the legislature". Cfr. anche *Missouri v. Hunter*, 459 U.S. 359, 366 (1983): "With respect to cumulative sentences imposed in a single trial, the Double Jeopardy Clause does no more than prevent the sentencing court from prescribing greater punishment than the legislature intended".

<sup>135</sup> Sul punto, per tutti, A. PAGLIARO, *Relazioni logiche ed apprezzamenti di valore nel concorso di norme penali*, in *Ind. pen.*, 1976, 224, che a proposito del principio di consunzione scrive: "[esso] richiede non la 'identità' del fatto (come il rapporto di specialità), ma solo la unitarietà del quadro di vita al quale le norme sono chiamate ad applicarsi".

guisa che l'applicare anche la norma che prevede il reato meno grave condurrebbe ad un ingiusto moltiplicarsi della sanzione"<sup>136</sup>.

Come risulta dal passo di Pagliaro adesso richiamato, è evidente che dietro il riferimento alla unitarietà del quadro di vita – inteso qui come presupposto applicativo del *ne bis in idem* sostanziale – si cela tutto un mondo di giudizi valoriali sostanzialmente incontrollabili. Punto di approdo e punto di arrivo di ogni discorso sul *ne bis in idem* diventa la giustizia o meno dell'accanimento punitivo di fronte ad un quadro di vita unitario, e, dunque, il *quantum* di pena irrogabile<sup>137</sup>. Del resto, una volta escluso qualunque riferimento ai rapporti strutturali tra fattispecie astratte, è del tutto naturale che l'identità – normativa – del fatto venga cercata avuto riguardo alle conseguenze sanzionatorie. Il principio di consunzione, per esempio, serve ad escludere l'applicazione di una determinata fattispecie incriminatrice ogni volta in cui ci si avvede che la misura di pena stabilita per un reato è sufficiente ad esaurire il disvalore penale di un fatto astrattamente sussumibile sotto una pluralità di fattispecie astratte<sup>138</sup>. Analogamente, il principio di sussidiarietà, in forza del quale la norma di minor rango, sussidiaria, cede il passo a quella principale, è sostanzialmente muto senza un riferimento alla sanzione comminata. Ed invero, se una norma può dirsi principale rispetto ad un'altra – detta sussidiaria – solo quando tutela uno o più beni ulteriori rispetto al bene giuridico protetto dalla seconda oppure sanziona un grado di offesa più grave allo stesso bene, è pure innegabile che il rapporto di rango tra le norme concorrenti si palesa in forza della sanzione più grave comminata nella norma principale<sup>139</sup>.

In secondo luogo, come accennato, è chiaro che di fronte a queste istanze di proporzionalità non ha nessun senso interrogarsi sull'esistenza di una sola azione od omissione. Una volta abbracciata una prospettiva valoriale non sussiste infatti alcuna ragione plausibile per trattare diversamente le ipotesi di concorso ideale di

---

<sup>136</sup> A. PAGLIARO, *Relazioni logiche e d apprezzamenti di valore*, cit., 225.

<sup>137</sup> Cfr. anche A. MORO, *Unità e pluralità di reati*, cit., 80: "un fatto rientra nell'altro non nella sua struttura, ma solo per il suo intimo significato di disvalore giuridico, per la sua funzione come espressione di disordine sociale".

<sup>138</sup> A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, VII ed., Milano, 2003, 206.

<sup>139</sup> G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, Parte Generale*, Milano, 2004, 296 s.

reati da quelle di concorso materiale.<sup>140</sup> Naturale pertanto che l'alternativa tra concorso di reati e concorso apparente di norme non si prospetti solamente di fronte ad un unico fatto concreto riconducibile sotto due o più fattispecie incriminatrici, ma anche in presenza di più fatti concreti cronologicamente separati, ciascuno dei quali integra gli estremi di una diversa figura di reato<sup>141</sup>. I criteri che vengono in gioco nelle ipotesi di (possibile) concorso materiale di reati sono i medesimi utilizzati nelle ipotesi di (possibile) concorso formale di reati, vale a dire il principio di sussidiarietà e quello di consunzione, che diventano così una delle manifestazioni più poliedriche ed interessanti del *ne bis in idem* sostanziale<sup>142</sup>. Nelle ipotesi di antefatto non punibile, l'unica norma che trova applicazione è quella che descrive lo stadio più avanzato e il grado più intenso di offesa al bene; analogamente, nelle ipotesi di postfatto non punibile, la non punibilità del reato susseguente trova ragione nel fatto che tale reato costituisce un normale sviluppo della condotta precedente ed è diretto a conseguire o sfruttare i vantaggi derivanti dal primo reato.

Infine, se si ritiene che la funzione del *ne bis in idem* sostanziale sia quella di impedire un cumulo di pene a fronte di un illecito penalmente unitario, non solo si attribuisce primaria importanza al momento sanzionatorio – anziché precettivo della fattispecie – ma si grava il giudice del compito di operare un raffronto immediato tra il disvalore complessivo dell'accadimento storico e la risposta sanzionatoria dell'ordinamento<sup>143</sup>. Sembra allora che la teoria secondo cui il *ne bis in idem* costituisce un corollario del principio di proporzione implichi una fiducia nella magistratura ben maggiore di quanto non avvenga nella logica "strutturalista" prima descritta. Non stupisce, pertanto, che questo particolare approccio al *ne bis in idem* sostanziale abbia incontrato grande fortuna nei Paesi di Common Law e, in particolare, nel Regno Unito. Una conferma sembra venire

---

<sup>140</sup> Nello stesso senso F. PALAZZO, *Corso di diritto penale, Parte generale*, III ed., Torino, 2008, 554: "Ma la portata più significativa dei criteri sostanziali sta nella loro potenzialità a ricondurre all'unicità di una sola violazione anche ipotesi che sarebbero altrimenti addirittura di concorso *materiale* (o di reato continuato)".

<sup>141</sup> G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale*, cit., 302.

<sup>142</sup> Analog. G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, cit., 303 ss., che tuttavia precisano che nelle ipotesi di pluralità di fatti concreti non vengono in gioco immediatamente il principio di sussidiarietà e di consunzione. Nei casi di antefatto e postfatto non punibili si tratterebbe piuttosto di adottare una logica analoga a quella sottostante all'utilizzo dei criteri di sussidiarietà e consunzione.

<sup>143</sup> In questi termini M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit., 77.

dall'analisi di due importanti principi vigenti nel diritto britannico: la *one-transaction rule* e il c.d. *Totality Principle*<sup>144</sup>; questi due principi, invero, sembrano attualmente costituire la migliore applicazione pratica della concezione del *ne bis in idem* sostanziale appena descritta.

In base alla *one-transaction rule* due reati commessi nel corso di un solo episodio criminoso devono essere puniti con pene concorrenti anziché consecutive<sup>145</sup>; nel caso di un illecito unitario (*single transaction*) opera pertanto il principio dell'assorbimento e non quello del cumulo delle pene. Il fondamento del principio è dato dal fatto che il cumulo delle pene (meglio, l'irrogazione di *concurrent sentences*) è inappropriato a fronte di una molteplicità di reati che ledono una sola volta lo stesso bene giuridico<sup>146</sup>. Se la *ratio* equitativa del principio è chiara, pare anche che le corti inglesi, nel determinare quando si è in presenza di una *single transaction*, siano chiamate a risolvere problemi sostanzialmente identici a quelli affrontati dai giudici nostrani nello sciogliere l'alternativa unità/pluralità di reati e nel decidere di un concorso apparente di norme<sup>147</sup>. Nondimeno, l'applicazione giurisprudenziale del principio ha sollevato più di una perplessità in dottrina, che ha evidenziato i contorni sfumati e labili della regola in discorso, che rendono difficile l'abbandono di un "approccio" tutto sommato casistico<sup>148</sup>.

---

<sup>144</sup> Per un'ampia disamina di questi principi, si v., per tutti, A. ASHWORTH, *Sentencing and Criminal Justice*, cit., 239 ss.

<sup>145</sup> Cfr. D.A. THOMAS, *Principles of Sentencing*, Cambridge, 1979, 53: "The one-transaction rule can be stated simply: where two or more offences are committed in the course of a single transaction, all sentences in respect of these offences should be concurrent rather than consecutive".

<sup>146</sup> Cfr. D.A. THOMAS, *Principles of Sentencing*, Cambridge, 1979, 53: "consecutive sentences are inappropriate when all the offences taken together constitute a single invasion of the same legally protected interests".

<sup>147</sup> Per tutti D.A. THOMAS, *Principles of Sentencing*, Cambridge, 1979, 53 s., il quale, dopo aver evidenziato che "Difficulty lies in establishing a sufficiently precise definition of the concept of single transaction", così prosegue: "The principle applies where two or more offences arise from the facts – as when the same series of blows constitutes assault occasioning actual bodily harm and wilful ill treatment of a child, or malicious wounding and indecent assault – but the fact that the two offences are committed simultaneously or close together in time does not necessarily mean that they amount to a single transaction. [...] The concept of 'single transaction' may be held to cover a sequence of offences involving a repetition of the same behaviour towards the same victim, such as a series of sexual offences with the same partner, a number of frauds on the same victim or several perjured statements made in the course of the same trial, provided the offences are committed within a relatively short space of time".

<sup>148</sup> D.A. THOMAS, *Principles of Sentencing*, Cambridge, 1979, 55. Si v. anche A. ASHWORTH, *Sentencing and Criminal Justice*, cit., 244: "It is very difficult to construct a workable definition of a 'single transaction', especially since it seems to be little more than a pragmatic device for limiting overall sentences rather than a reflection of a sharp category distinction".

Ancora più evidenti sono le analogie esistenti tra il *ne bis in idem* sostanziale inteso come corollario del principio di proporzione e il *Totality principle*, in forza del quale il giudice nel decidere la pena da irrogare per una molteplicità di reati non può limitarsi ad un calcolo aritmetico delle pene stabilite per i singoli illeciti commessi; il giudice britannico deve invece guardare al comportamento criminoso nella sua interezza e chiedersi se la pena irrogata per l'insieme degli illeciti è “*just and appropriate*”<sup>149</sup>. Il principio in parola sembra costituire un correttivo della *one-transaction rule*<sup>150</sup>; ed infatti a fronte di pene “consecutive” (i.e. concorrenti) il giudice deve guardare al totale della pena comminata e verificare se la sommatoria delle pene non sia sbagliata, nonostante il rispetto delle regole matematiche<sup>151</sup>; se questo è il caso, il giudice dovrà ridurre la pena per renderla proporzionata. L'applicazione giurisprudenziale del principio ha messo in luce come, da una parte, esso è espressione dell'esigenza di garantire una pena proporzionata all'offesa; dall'altra, il principio in discorso è destinato ad operare solo in *bonam partem*, in una logica di mitigazione dell'intervento punitivo<sup>152</sup>.

L'assoluta vicinanza tra il *totality principle* ed il *ne bis in idem* sostanziale emerge chiaramente da una nota vicenda giurisprudenziale. L'imputato, accusato di avere commesso una rapina a mano armata, era stato condannato a due pene consecutive: cinque anni per la rapina e tre anni per il possesso di arma da fuoco con l'intento di commettere futuri reati<sup>153</sup>. I giudici d'appello, pur ritenendo

---

<sup>149</sup> D.A. THOMAS, *Principles of Sentencing*, Cambridge, 1979, 56.

<sup>150</sup> Sulla possibilità di guardare al *Totality principle* come ad un correttivo delle regole generali di *sentencing*, cfr. A. ASHWORTH, *Sentencing and Criminal Justice*, cit., 253, il quale, riporta un passo di M. Wells (Sentencing for multiple offences in Western Australia, 1992, 43): “The totality principle becomes the primary determinant of whether the total sentence is appropriate; considerations of whether the individual sentences are correctly calculated and rightly amde cumulative [i.e. consecutive] are subsumed in the general question of whether the total sentence is appropriated”.

<sup>151</sup> “When a number of offences are being dealt with and specific punishments in respect of them are being totted up to make a total, it is always necessary for the court to take a last look at the total just to see whether it looks wrong; when cases of multiplicity of offences come before the court, the court must not content itself by doing the arithmetic and passing the sentence which the arithmetic produces. It must look at the totality of the criminal behavior and ask itself what is the appropriate sentence for all the offences”. Così A. THOMAS, *Principles of Sentencing*, cit., 56 s., cui si rimanda per i necessari riferimenti giurisprudenziali.

<sup>152</sup> D.A. THOMAS, *Principles of Sentencing*, Cambridge, 1979, 57.

<sup>153</sup> Si tratta del caso *French*, deciso dalla Court of Appeal il 9 febbraio 1982, (1982) 4 Cr.App. R. (S.) 57. In realtà la questione era ancora più complessa perché tra i capi di imputazione figurava anche il common assault; la questione tuttavia non assume pratica rilevanza ai nostri fini.

ragionevole la condanna a pene consecutive anziché concorrenti, hanno precisato che ciò che assume rilevanza in questi casi è se la pena “totale” sia o meno eccessiva<sup>154</sup>. Ciò che rileva, quindi, non è tanto la condanna a pene concorrenti o consecutive, quanto il rispetto del principio per cui l'imputato *non può essere punito due volte per il possesso dell'arma da fuoco durante la rapina*<sup>155</sup>.

## **6. Nessi sistematici e convergenze funzionali del *ne bis in idem* sostanziale e processuale**

L'analisi fin qui condotta era diretta a porre in luce le differenze – in punto di fondamento e presupposti applicativi – esistenti tra *ne bis in idem* sostanziale e processuale; differenze che, dicevamo, hanno impedito una ricostruzione unitaria del superiore principio del *ne bis in idem* nell'elaborazione penalistica italiana e non solo. Sennonché, nel corso dell'analisi sono emersi alcuni elementi che consentono di individuare un nucleo centrale di significato comune ad entrambi. Tale nucleo comune deve essere individuato nel fatto che i due principi sono espressione della ricerca di un punto di equilibrio tra istanze punitive dello Stato e ragioni di tutela del singolo; *ne bis in idem* sostanziale e processuale rispondono alla medesima logica di tutela del singolo avverso i possibili arbitri del potere giudiziario.

È questa comunanza di significato a far sì che entrambi i principi risentano fortemente di scelte ideologiche dell'ordinamento e dei rapporti di maggiore o minore fiducia che esistono tra potere legislativo e giudiziario<sup>156</sup>. Il fatto che *ne bis in idem* sostanziale e processuale rappresentino entrambi un ostacolo all'esercizio arbitrario, e perciò illegittimo, del magistero punitivo da parte dell'autorità giudiziaria<sup>157</sup>, concorre inoltre a spiegare come mai la

---

<sup>154</sup> In questo senso la Court of Appeal si era già espressa nel decidere il caso *Faulkner*, (1972) 56 Cr.App.R. 594. “in this case where the second sentence of three years was made consecutive and was one relating to the carrying of a firearms, this Court would wish to stress that that was a perfectly proper approach to the problem, and one which should be followed. However, at the end of the day, as one always must, one looks at the totality and asks whether it was too much”.

<sup>155</sup> Cfr. *French*, (1982) 4 Cr.App. R. (S.) 57: “in the end, whether the sentences are made consecutive or concurrent, the sentencing judge should try to ensure that the totality of the sentence is correct in the light of all the circumstances of the case. In particular of course he must make sure – it goes without saying – that the defendant must not in effect be sentenced twice for carrying a gun”.

<sup>156</sup> Cfr. *supra* para 3.1., 5.1 e 5.2.

<sup>157</sup> Analog. *Twice in Jeopardy* (notes and comments), in 75 *Yale L.J.*, 1965, 267.

positivizzazione di uno solo dei due principi nella Carta fondamentale non abbia impedito, in alcuni ordinamenti, l'affermazione della rilevanza costituzionale di ambedue<sup>158</sup>.

Ma soprattutto la presenza di questo nucleo comune di significato consente di cogliere l'omogeneità di problematiche sollevate dalla circostanza che l'efficacia operativa di entrambi è subordinata al ricorrere del presupposto dell'identità dei fatti già giudicati o puniti. Tanto l'ampiezza del divieto di doppio giudizio che quella del divieto di molteplice pena per lo stesso fatto dipendono invero dal significato che si attribuisce alla locuzione "medesimi fatti"<sup>159</sup>. Con ciò, non si vuole affermare né una sorta di parallelismo funzionale, né, tanto meno, la necessaria identità di significato che l'espressione "medesimi fatti" assume nell'uno e nell'altro principio, quanto constatare come il contenuto regolativo del *ne bis in idem* sostanziale e processuale si caratterizzi per una costante dialettica tra dimensione normativa e fattuale dell'illecito che ne costituisce il presupposto applicativo.

Pare insomma che sia il *ne bis in idem* sostanziale che l'omonimo principio processuale risolvano la contrapposizione tra istanze punitive della collettività organizzata e ragioni di garanzia del singolo individuo, nella valorizzazione o meno della distanza esistente tra l'astrattezza e generalità del precetto penale e la concretezza e particolarità del singolo episodio criminoso; in particolare, riallacciandosi a quanto detto in precedenza, non sembra insensato affermare che tutte le teoriche elaborate in materia, tanto sulla sponda processualistica che su quella sostanzialistica, sembrano oscillare tra due concezioni notevolmente divergenti. Secondo una prima linea di pensiero, al centro del giudizio di medesimezza sta il fatto inteso in senso tendenzialmente storico-naturalistico caratterizzato da un suo peculiare disvalore pre-giuridico; è tale disvalore che

---

<sup>158</sup> Si v. ad esempio la giurisprudenza della Corte Suprema statunitense in materia di double jeopardy, a partire dallo storico caso *Ex parte Lange*, in 85 U.S. (18 Wall) 163 (1873). In quella occasione, nonostante il V emendamento della Costituzione americana si limiti a prevedere che "[N]or shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb", la Corte Suprema affermò che "the Constitution was designed as much to prevent the criminal from being twice punished for the same offence as from being twice tried". Si v. sul punto, tra i molti, *Twice in Jeopardy*, cit., 266; P. WESTEN, *The Three Faces of Double Jeopardy: Reflections on Government Appeals of Criminal Sentences*, cit., 1023 s. e G.H. THOMAS, *A Unified Theory of Multiple Punishment*, in 47 *U. of Pittsburgh L.R.*, 1985, 1 ss.

<sup>159</sup> Analog. *Twice in Jeopardy*, cit., 267: "The rules which bar retrial and multiple punishment have a crucial similarity. Their scope depends on what is meant by 'the same offense'".



finisce per determinare i confini spazio-temporali del fatto, come accadimento di vita unitario, perché così percepito dalla collettività. A questa prima concezione se ne contrappone una di marca “normativistica”, secondo la quale l’identità del fatto non è un concetto graduabile a seconda del contenuto di disvalore concretamente realizzatosi, ma questa si risolve esclusivamente nella contrapposizione tra unità e pluralità di illecito, secondo quanto stabilito dal legislatore attraverso la tipizzazione dei reati, ciascuno dei quali è di per sé sintesi normativa del disvalore giuridicamente rilevante.

Ciò che qui preme rilevare è come l’alternativa tra concezioni “normativistiche” e “naturalistiche” permei il dibattito sul *ne bis in idem* processuale e sostanziale, a conferma di come entrambi in principi vivano nella costante dialettica tra norma e fatto, repressione e garanzia. E in entrambi i casi l’alternativa tra normativismo e naturalismo si po

ne perché l’identità o meno di due fatti criminosi non è una realtà ontologica immanente a certe situazioni, ma esprime un determinato punto di vista del legislatore sulla società<sup>160</sup>. Quello di identità/diformità è infatti un giudizio di valore che implica, innanzitutto, la scelta dei criteri attraverso cui qualificare normativamente la realtà fattuale, i quali cambiano a seconda del fine rispetto al quale la valutazione – giuridica, normativa – è compiuta<sup>161</sup>. Ed allora, quando i parametri alla cui stregua deve essere effettuato il giudizio circa la “identità dei fatti” non sono pre-dati, ma costituiscono, essi stessi, l’esito di una complessa operazione ermeneutica, volta ad individuare lo scopo perseguito da divieto ed a bilanciarlo con contrapposti interessi, risorge prepotente l’alternativa tra norma e fatto; e proprio l’analisi in tema di *ne bis in idem* dimostra come questa alternativa trova espressione in una logica necessariamente dialettica, data dal trascorrere dal particolare all’universale e viceversa.

Ciò non toglie, d’altra parte, che questa dialettica costante tra norma e fatto assuma poi declinazioni diverse nel *ne bis in idem* sostanziale ed in quello processuale. Mentre il primo vive nella dimensione dell’ “essere”, per così dire,

---

<sup>160</sup> Cfr. F. COPPI, *Reato continuato e cosa giudicata*, Napoli, 1969, 189 ss.

<sup>161</sup> A. MORO (*Unità e pluralità di reati*, cit., 149 ss.) evidenzia come i concetti di reato, di pena, di concorso ideale sono quasi questioni di intuizioni del mondo; essi “sono sì oggetto di indagine scientifica, ma di una scienza nella quale si nasconde sempre un momento della più alta presa di posizione personale che esclude una decisione pienamente certa ed obiettiva”.

dove l'alternativa è tra un contenuto offensivo presente in astratto o in concreto, ma comunque esistente, nel secondo assume rilevanza preminente la dimensione del “dover-essere”, per cui il rapporto dialettico si instaura tra due comandi, quello proprio della norma, rivolto alla generalità dei consociati, e quello individuale e concreto, contenuto nel dispositivo della sentenza del giudice. Più precisamente, quando viene in gioco il *ne bis in idem* sostanziale, il problema che si pone è quello di mettere in relazione due fatti giuridici: quello storicamente realizzatosi e quello individuato dal *Tatbestand* legale. La questione è leggermente diversa quando si tratta di applicare il *ne bis in idem* processuale. In quest'ultimo caso, infatti, assume primaria rilevanza il rapporto norma-giudicato: il disvalore c'è, ma il giudicato lo afferma e in questo senso c'è una dimensione di dover essere. Anche nelle ipotesi disciplinate dal *ne bis in idem* processuale si assiste dunque ad una dialettica tra fatto e norma; solo che tale dialettica è “mediata” dalla dimensione imperativa che permea di sé il *ne bis in idem* processuale: nel momento dell'esecuzione della sentenza, non possono esservi pronunce contrastanti, ché allora il giudice dell'esecuzione non saprebbe a quale comando dar seguito.

## **7. La codificazione del *ne bis in idem* nazionale in alcuni strumenti internazionali**

Le istanze di tutela della persona avverso gli abusi del potere punitivo non sono rimaste circoscritte al piano nazionale. La necessità di salvaguardare il singolo individuo dalla possibilità di un duplice giudizio e di una duplice pena per il medesimo fatto criminoso ha infatti da lungo tempo trovato consacrazione in alcune importanti convenzioni internazionali; in particolare, tale divieto è contenuto nel Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966<sup>162</sup>, nella Convenzione interamericana sui diritti umani del 1969<sup>163</sup>, nel Protocollo

---

<sup>162</sup> Tale patto, firmato a New York il 16 dicembre 1966 ed aperto alla firma il 19 dicembre dello stesso anno, è stato reso esecutivo con l. 25 ottobre 1977, n. 881 (in *Gazz. Uff.*, suppl. ord. al n. 333 del 7 dicembre 1977), mentre il deposito della ratifica è avvenuto il 15 settembre 1978 (*ibidem*, n. 328 del 23 novembre 1978). È entrato in vigore sul piano internazionale il 23 marzo 1976, per tutte le previsioni, eccetto l'art. 41, in vigore dal 28 marzo 1979; è entrato in vigore per l'Italia il 15 dicembre 1978.

<sup>163</sup> Cfr. *American Convention on Human Rights*, adottata nel corso della Inter-American Specialized Conference on Human Rights a San José, Costa Rica, il 22 novembre 1969, la cui

integrativo della CEDU del 1984<sup>164</sup> e nella Carta proclamata a Nizza il 7 dicembre del 2000<sup>165</sup>.

La peculiarità di questi strumenti internazionali consiste nel fatto che essi sanciscono l'obbligo *internazionale* dello Stato di rispettare a livello *interno* il divieto di *bis in idem*; si tratta insomma di un obbligo posto dal diritto internazionale, che vincola gli Stati ad un determinato *standard* di tutela di un diritto fondamentale all'interno del proprio territorio. E poiché la preclusione, ancorché prevista da una norma di diritto internazionale, difetta di ogni carattere di transnazionalità, si tratta ancora di un *ne bis in idem* nazionale o, come anche si dice, di *domestic ne bis in idem*. Nonostante qualche isolata voce contraria, non sembra infatti sussistere nessun dubbio circa il fatto che il divieto di doppio giudizio in cui queste norme si sostanziano sia cosa ben diversa dall'attribuzione di efficacia preclusiva alla sentenza penale straniera; così come, *mutatis mutandis*, nessuno ritiene che il divieto di molteplice pena per il medesimo fatto sancito da queste convenzioni implichi l'accoglimento, all'interno degli stessi trattati internazionali, del c.d. *Anrechnungsprinzip*.

La valenza esclusivamente interna del divieto di *bis in idem* contenuto in questi strumenti internazionali nulla toglie tuttavia all'importanza della sua codificazione. Il riconoscimento del divieto in parola in atti internazionali di così evidente valenza politico-ideologica assume infatti un forte significato simbolico e giuridico, lasciando intendere che il *ne bis in idem* è ormai assunto al rango di diritto fondamentale dell'individuo di cui la stessa Comunità internazionale si preoccupa sia garantita l'osservanza. In particolare, la previsione del *ne bis in idem* in convenzioni internazionali rappresenta lo strumento indispensabile per assicurare al principio in parola un'efficacia non affidata alla autolimitazione dei

---

versione inglese è consultabile on line alla pagina <http://www.cidh.org/Basicos/English/Basic3.American%20Convention.htm>. L'art. 8.4 di tale convenzione prevede che "An accused person acquitted by a nonappealable judgment shall not be subjected to a new trial for the same cause"; cfr. sul punto G. CONWAY, *Ne bis in idem in International Law*, in 3 *Int. Crim. Law Review*, 2003, 219.

<sup>164</sup> Tale protocollo, firmato a Strasburgo il 22 novembre 1984, reso esecutivo con l. 9 aprile 1990, n. 98, in *Gazz. Uff.*, suppl. ord. al n. 100 del 2 maggio 1990, con ratifica depositata il 7 novembre 1990, è entrato in vigore per l'Italia il 1. febbraio 1992 e sul piano internazionale il 1. novembre 1998.

<sup>165</sup> L'art. 50 della Carta di Nizza prevede che "Nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge".

poteri pubblici dei singoli Stati<sup>166</sup>. L'eventuale violazione degli obblighi assunti in via pattizia espone infatti lo Stato ad una responsabilità internazionale; in alcuni casi, poi, il mancato rispetto del divieto di *bis in idem* da parte dello Stato è fonte di una pretesa risarcitoria del cittadino, come accade ad esempio nel sistema della CEDU.

Senza contare che il riconoscimento del *ne bis in idem* (nazionale) da parte di norme di diritto internazionale pattizio ha conseguenze di un certo rilievo anche per quanto concerne l'*ampiezza* della preclusione. Ed invero, nonostante il divieto in parola dispieghi la propria efficacia solamente all'interno dei singoli ordinamenti nazionali, è la stessa norma internazionale a sancirne la portata; questo pare tanto più rilevante laddove, come nel caso del divieto contenuto nel VII Protocollo addizionale alla CEDU, è lo stesso strumento internazionale a prevedere meccanismi giurisdizionali di controllo delle eventuali violazioni da parte degli Stati. Inoltre, la previsione del c.d. *domestic ne bis in idem* in convenzioni internazionali può svolgere un'importante funzione promozionale delle istanze di tutela individuale, in una duplice direzione. Da un lato, infatti, può essere d'aiuto nella formazione di una norma di diritto internazionale consuetudinario avente ad oggetto il *ne bis in idem* interno; norma peraltro che secondo alcuni si sarebbe già formata<sup>167</sup>. Dall'altro lato, e soprattutto, il riconoscimento internazionale del *ne bis in idem* interno, ponendo l'accento sulle esigenze di garanzia della persona da una duplicazione dei giudizi, promuove indirettamente anche il riconoscimento del c.d. *ne bis in idem* internazionale, la cui *ratio essendi* non differisce in misura decisiva dal divieto di doppio processo operante all'interno dello stesso ordinamento.

Vero tutto ciò, non si può tuttavia nascondere che, sebbene il riconoscimento del *ne bis in idem* in questi strumenti internazionali segni un evidente passo in avanti, la strada verso la piena affermazione del diritto in discorso è ancora lunga da percorrere. Il divieto di duplice processo e pena per il medesimo fatto non può infatti essere ancora considerato un *droit de l'homme*, dovendosi piuttosto parlare

---

<sup>166</sup> G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 64.

<sup>167</sup> Secondo A. CASSESE, *International Criminal Law*, Oxford, 2008, "the 'internal' *ne bis in idem* principle may be held to be prescribed by a customary rule of international law".

del *ne bis in idem* come di un *droit du citoyen* riconosciuto a livello internazionale<sup>168</sup>. Insomma, nonostante i proclami e le affermazioni di principio il divieto in parola è ancora un “diritto del cittadino” in senso stretto, volto a regolare esclusivamente i rapporti tra lo Stato e la persona che ha subito un processo o espiato una pena sul territorio nazionale. Lo straniero – ma anche il cittadino – che sia stato giudicato all'estero non può vantare alcuna pretesa nei confronti del Paese in cui faccia ingresso; la garanzia dal *bis in idem* ha, sotto il profilo territoriale, la stessa ampiezza dei confini nazionali: superate quelle frontiere la persona perde anche il beneficio della preclusione processuale.

Si è determinata così una situazione anomala: da una parte, il diritto a non essere processati o puniti due volte a cagione del medesimo illecito costituisce oggi un diritto essenziale dell'individuo, affermato da Carte internazionali e talvolta oggetto di controllo giurisdizionale da parte di giudici sovranazionali, come la Corte europea dei diritti dell'Uomo. Dall'altra parte, però, il riconoscimento del *ne bis in idem* come diritto fondamentale è stato sostanzialmente amputato, attraverso il c.d. limite della doppia sovranità, attraverso il quale si fanno valere le pretese punitive di uno Stato diverso da quello in cui si è svolto il primo giudizio o eseguita la sanzione. Siamo insomma di fronte ad un diritto fondamentale che manca di universalità e che lascia la persona sprovvista di tutela ogni volta in cui essa si sposta fisicamente in un Paese diverso da quello in cui è stata processata o ha espiato la pena. E questo nonostante il fatto che, una volta inteso come diritto fondamentale dell'essere umano, il *ne bis in idem* non dovrebbe incontrare barriere nazionali alla propria efficacia, trattandosi appunto di un diritto riconosciuto *erga omnes* alla persona come tale. Tale situazione, invero paradossale, pare tuttavia in via di tendenziale superamento, per lo meno in Europa, dove il riconoscimento del *ne bis in idem* transnazionale rende tutto sommato obsoleti i discorsi intorno al *ne bis in idem* nazionale previsto in accordi internazionali<sup>169</sup>.

---

<sup>168</sup> Sulla dissociazione tra diritti dell'uomo e diritti del cittadino, Cfr. anche A. HARENDT, *Les origines du totalitarisme II: L'impérialisme*, Paris, 1982, 276: “Personne ne semble capable de définir avec certitude ce que sont ces Droits de l'Homme en general, par opposition au droits du citoyen”.

<sup>169</sup> Cfr. *infra*, cap. III e IV.

## 8. La tutela apprestata dal Patto internazionale sui diritti civili e politici

Per quanto concerne il Patto internazionale del 1966, l'art. 14 n. 7 prevede che “nessuno può essere perseguito o punito in ragione di un reato per il quale è già stato prosciolto o condannato in forza di una sentenza definitiva, conformemente alla legge e alla procedura penale di ciascun Paese”.

L'ambiguità della norma ha fatto dubitare della valenza del divieto. In particolare, ci si è chiesti se la garanzia in parola operasse anche nell'ambito dei rapporti giurisdizionali tra autorità di Stati diversi o se, invece, dispiegasse la propria efficacia esclusivamente sul piano nazionale, costituendo dunque la mera codificazione, a livello internazionale, del *ne bis in idem* nazionale<sup>170</sup>. Da una parte, si è sostenuto che la disposizione in parola sancisse il divieto di *bis in idem* “anche in relazione alla possibilità di un secondo giudizio in uno Stato diverso da quello originario”<sup>171</sup>, argomentando sulla base del fatto che, non solo la tendenza emersa a livello internazionale pareva orientata proprio in questo senso<sup>172</sup>, ma che “nell'ambito di un documento come il Patto in questione, la garanzia dovesse venire concepita come ristretta al solo ambito dell'efficacia “interna” delle pronunce giurisdizionali”<sup>173</sup>. Dall'altra, a favore di una lettura “minimalista” della norma, volta a limitarne l'ambito applicativo all'interno dei *singoli* ordinamenti statali, si è sottolineato come una convenzione relativa ai diritti dell'uomo non costituisse la sede migliore per risolvere i numerosi problemi sollevati dal *ne bis in idem* internazionale; l'art. 14 n. 7 del Patto opererebbe soltanto in relazione alle decisioni giudiziarie di un medesimo Stato: “*telle paraît être, d'ailleurs,*

---

<sup>170</sup> L'estrema indeterminatezza dell'art. 14.7 è unanimemente riconosciuta dalla dottrina che si è occupata dell'argomento; cfr., per tutti, D. SPINELLIS, *Global Report. The ne bis in idem principle in “global” instruments*, cit., 1152 s. ed autori *ivi* citati.

<sup>171</sup> M. CHIAVARIO, *Le garanzie fondamentali del processo nel Patto internazionale sui diritti civili e politici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, 496.

<sup>172</sup> M. CHIAVARIO, *loc. cit.*, cui *adde* N. GALANTINI, *Ne bis in idem e double jeopardy come diritto della persona*, in *Giust. Cost.*, 1982, 88; entrambi gli Autori, d'altronde, sembrano aver avuto un ripensamento: M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, II, *Le garanzie fondamentali*, 3. ed., Milano, 1984, 250 s., pare più cauto nell'affermare che il Patto codifichi il *ne bis in idem* internazionale; in senso decisamente negativo, poi, N. GALANTINI, *Il principio del “ne bis in idem” internazionale nel processo penale*, Milano, 1984, 199.

<sup>173</sup> M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, cit., 250 s.; lo stesso Autore, d'altra parte, evidenzia come “la prospettata estensione della garanzia alla dimensione internazionalistica ponga delicati problemi di collaborazione giudiziaria, per evitare che un'accorta condotta processuale dell'accusato, ed eventuali fughe all'estero, ‘pilotino’ irrimediabilmente la risposta giudiziaria verso una soluzione di comodo”.

*l'interprétation correcte de la clause correspondante du pacte international*<sup>174</sup>. Questo dibattito può dirsi oggi sostanzialmente sopito, poiché alla luce della giurisprudenza pare difficile oggi dubitare della valenza esclusivamente interna del divieto. La stragrande maggioranza delle Corti nazionali<sup>175</sup>, compresa la Corte costituzionale italiana<sup>176</sup>, e lo stesso Comitato delle Nazioni Unite per i diritti umani<sup>177</sup>, hanno infatti costantemente negato alla garanzia sancita dall'art. 14 n. 7 del Patto valenza transnazionale, per cui l'opinione oggi più accreditata rimane quella che riconosce alla disposizione in parola la funzione di obbligare gli Stati a rispettare il principio del *ne bis in idem* all'interno del proprio ordinamento<sup>178</sup>.

Per quanto poi concerne i contenuti della garanzia, la norma sconta un limite di fondo che è quello di essere una soluzione di compromesso fra i principi vigenti in diversi sistemi giuridici; questo fa sì che la garanzia contenuta nel Patto Internazionale costituisca una sorta di “massimo comune denominatore” delle applicazioni del *ne bis in idem* accolte nei singoli Stati. Così, la garanzia sorge in seguito alla pronuncia di una sentenza definitiva, con un arretramento di tutela rispetto a quanto accade nei Paesi di Common Law rispetto ai quali opera il divieto di *double jeopardy*. Inoltre, il punto di riferimento è sempre il “reato”, per cui sembrerebbe che la norma internazionale non vieti un doppio giudizio quando

<sup>174</sup> Così H. DANIELIEUS, *Rapport*, in CONSEIL DE L'EUROPE, *Conférence parlementaire sur le droits de l'Homme*, Strasbourg, 1972, 16; si v. anche M. R. MARCHETTI, *sub art. 4*, in *Legis. pen.*, 1991, 248.

<sup>175</sup> Cfr. D. SPINELLIS, *Global Report. The ne bis in idem principle in “global” instruments*, cit., 1152, cui si rimanda per i necessari riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

<sup>176</sup> Cfr. Corte Cost. nella sentenza 8 aprile 1976, n. 69, in *Giur. Cost.*, 1976, I, 432, dove si afferma che “l'enunciativa di principio ivi contenuta concerne il divieto del *bis in idem* con riferimento ai rapporti tra le decisioni giudiziarie di un medesimo Stato, e non tra quelle di Stati diversi”.

<sup>177</sup> Comunicazione n. 204 del 16 luglio 1986, CCPR/C/31/D/204/1986, par. 7.3 (caso A.P. c. Italia), dove si legge che l'art. 14 par. 7 “n'interdit les doubles condamnations pour un même fait que dans les cas des personnes jugées dans un Etat donné”.

<sup>178</sup> Cfr. fra i molti, M. PRALUS, *Etude en droit pénal international et en droit communautaire d'un aspect du principe non bis in idem: non bis*, in *Revue de science criminelle*, juillet-septembre 1996, 568: “Cette solution, minimaliste, nous paraît être aujourd'hui la plus sage : ce ne serait pas rendre service à la règle *non bis in idem* que d'essayer de lui donner, beaucoup trop tôt pour qu'elle puisse être ainsi reçue, portée générale e contenu sans nuance”. Si v. anche le considerazioni svolte da M. HENZELIN, “*Ne bis in idem*”, *un principe à géométrie variable*, in *ZStR*, 2005, 354 s. Merita in ogni caso notare come in sede di lavori preparatori per l'elaborazione di uno Statuto per una Corte penale internazionale, si sia fatto un espresso richiamo all'art. 14 n. 7 del Patto in quanto contenente “*a fundamental principle of criminal law*”. Cfr. il *Report on a Draft Statute for an International Criminal Court* redatto dal *Working Group* della Commissione del diritto internazionale, in *Int. Legal Materials*, 1994, 282; sul punto, con maggiore ampiezza, R. BARATTA, *Ne bis in idem, diritto internazionale e valori costituzionali*, in AA.VV., *Divenire sociale e adeguamento del diritto. Studi in onore di Francesco Capotorti*, I, *Diritto internazionale*, Milano, 1999, 20 s.

il medesimo fatto è diversamente qualificato sotto il profilo normativo<sup>179</sup>; si assiste dunque ad una tutela minore rispetto a quella riconosciuta in molti sistemi di *civil law*, come dimostra la giurisprudenza formatasi in Italia sull'art. 649 c.p.p.

L'altra caratteristica fondamentale della norma in oggetto consiste nella sostanziale equiparazione del *ne bis in idem* sostanziale e processuale; i due principi sono infatti posti sullo stesso piano e subordinati ai medesimi presupposti ("nessuno può essere *perseguito o punito* in ragione di un reato per il quale è già stato *prosciolto o condannato* in forza di una sentenza definitiva). La ragione di questa equiparazione potrebbe rinvenirsi nella volontà di enfatizzare la portata garantista del *ne bis in idem*, tanto nella sua dimensione sostanziale che in quella processuale. Questa scelta redazionale, tuttavia, se è del tutto in linea con lo strumento normativo all'interno del quale la norma viene a collocarsi – un "catalogo" di diritti civili e politici aventi rilevanza internazionale – solleva più di una perplessità sul piano logico-sistematico. Da un lato, infatti, si finisce per subordinare espressamente l'operatività del *ne bis in idem* sostanziale all'esistenza di una sentenza definitiva di condanna; per questa via, il principio in discorso sembra ridursi ad una sorta di *ne bis in idem* esecutivo, a garanzia dello scomputo della pena già scontata. Dall'altro lato, si creano tutte le premesse per un'interpretazione del *ne bis in idem* processuale alla stregua degli stessi parametri validi per il divieto di marca sostanziale. Una scelta, quest'ultima, che sembra cozzare con il diverso fondamento assiologico dei due principi.

#### **9. L'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU**

Per quanto concerne la Convenzione europea dei diritti dell'Uomo, questa, nella sua formulazione originaria del 1950, non conteneva alcun riferimento al *ne bis in idem*. Ciò non toglie che si sarebbe potuto ritenere il principio *implicitamente* riconosciuto dalla Convenzione, la quale nel sancire all'art. 6 il diritto ad un processo "giusto", avrebbe implicitamente affermato anche il diritto

---

<sup>179</sup> M. CHIAVARIO, *Le garanzie fondamentali del processo nel Patto internazionale*, cit., 496. Nello stesso senso D. SPINELLIS, *The ne bis in idem in "global" instruments*, cit., 1153, il quale evidenzia come la garanzia prevista dal Patto internazionale "must concern 'an offence', not a conduct or a fact; therefore, it can be argued that the provision does not prohibit a new prosecution for a different offence based on the same fact".



ad un “unico” processo sul medesimo fatto<sup>180</sup>. Operazioni del genere, del resto, sono state compiute dalla dottrina e dalla giurisprudenza di alcuni Paesi, come il Regno Unito<sup>181</sup>. Sennonché, la Corte di Strasburgo è rimasta ben ferma nell’escludere che il *ne bis in idem* potesse ascriversi al novero delle garanzie previste dalla Convenzione<sup>182</sup>.

Alla base di questa interpretazione restrittiva dell’art. 6 della CEDU, volta ad escludere la rilevanza del divieto di doppio giudizio, sembra esserci innanzitutto l’idea che, aderendo alla Convenzione, gli Stati si siano impegnati a riconoscere solo ed unicamente i diritti risultanti dalle sue disposizioni; pertanto, ogni interpretazione volta ad estendere le norme convenzionali al di là del significato comunemente attribuito ai termini in esse contenute avrebbe finito per tradire tanto lo spirito dei padri fondatori che la volontà dei Paesi che vi hanno aderito<sup>183</sup>. Un ruolo altrettanto importante nel senso della esclusione del *ne bis in idem* dal novero delle garanzie *implicitamente* riconducibili all’art. 6 CEDU, è stato giocato dalla circostanza che la maggior parte degli Stati che hanno ratificato la Convenzione appartiene alla tradizione di *civil law*. Questo ha fatto sì che il *ne bis in idem* venisse inteso, prima ancora che come diritto della persona, come principio dello stesso ordinamento giuridico e, in particolare, come conseguenza della *res judicata*; questa circostanza induceva dunque ad escludere il divieto di *bis in idem* dall’orbita del giusto processo. Infine, anche considerazioni di ordine schiettamente teorico hanno giocato un ruolo certo non marginale. Ed invero, se è innegabile che il divieto di doppio giudizio può essere ricondotto al più generale

---

<sup>180</sup> Si v. ad esempio N. GALANTINI, *Il divieto di doppio processo*, cit., 119: “il diritto soggettivo ad un processo giusto, individuabile nel *fair trial* anglosassone o nel *procès équitable* europeo, dovrebbe ricomprendere anche il rispetto della cosa giudicata in materia penale, il cui aperto riconoscimento [...] nella convenzione europea sui diritti umani è già sin d’ora da taluni ritenuto operante [...] nonostante le dichiarazioni in senso contrario della Commissione europea”.

<sup>181</sup> Sui rapporti intercorrenti tra divieto di *double jeopardy* ed il principio del *due process of law* previsto dal XIV emendamento alla Costituzione americana, si v., con ampi riferimenti alla giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti ed alla dottrina nordamericana, G. FLETZER, *La garanzia del ne bis in idem*, cit., in particolare 128 s. Cfr. anche *supra*, para 3.2.

<sup>182</sup> H.J. BARTSCH, *Ne bis in idem: the European perspective*, in 73 *Rev. int. dr. pénal*, 2002, 1164.

<sup>183</sup> Sintomatica di un tal modo di intendere le norme della convenzione è la *dissenting opinion* espressa dal giudice G. Fitzmaurice nel caso *Golder v. Regno Unito* (v. sentenza del 21 febbraio 1975, serie A n. 18) dove la Corte ritenne di individuare nell’art. 6 il diritto di accesso ad un tribunale.

divieto di “abuso del processo”<sup>184</sup>, è altrettanto indubitabile che i principi del giusto processo prescindono in larga misura dalle problematiche sollevate dal *ne bis in idem*, per cui non sembra possibile dedurre dall’uno l’esistenza dell’altro. Alla luce di queste considerazioni, pare del tutto comprensibile che la Corte di Strasburgo, pur avendo in diverse occasioni affermato che il divieto di *double jeopardy* rientra sotto certi profili nel diritto ad un equo processo così come riconosciuto dalla CEDU, non si sia mai spinta sino ad affermare che il *ne bis in idem* è ricompreso nella garanzia sancita dall’art. 6 della Convenzione<sup>185</sup>.

Quali che siano le ragioni più profonde che hanno indotto i giudici di Strasburgo a non riconoscere il *ne bis in idem* in via pretoria, rimane il fatto che, di fronte alla duplice esigenza di assicurare una più pregnante garanzia della persona in sede europea e di mettere la CEDU al passo con il Patto internazionale del 1966, si decise in un secondo momento di introdurre una norma *ad hoc*. Il diritto a non essere processato o punito due volte per il medesimo fatto divenne così oggetto di espresso riconoscimento nel 1984, in virtù del Protocollo n. 7 alla Convenzione, il cui articolo 4, primo comma, prevede che

*“No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings under the jurisdiction of the same State for an offence for which he has already been finally acquitted or convicted in accordance with the law and penal procedure of that State”*<sup>186</sup>.

L’espresso riconoscimento del divieto di *bis in idem*, seppure dettato da evidenti ragioni di garanzia, non ha tuttavia ottenuto i risultati auspicati. Il grado di effettività della preclusione ha infatti finito per seguire le sorti del VII Protocollo, che non sono state molte fortunate, poiché questa convenzione è tutt’oggi in vigore solamente per alcuni degli Stati parte della CEDU e numerosi

---

<sup>184</sup> Cfr. *supra* para 2.2. e 3.2.; è interessante notare come la *American Convention on Human Rights* preveda il *ne bis in idem* al comma quarto dell’articolo 8, invero rubricato “right to a fair trial”; cfr. H.J. BARTSCH, *Ne bis in idem*, cit., 1165.

<sup>185</sup> Cfr. H.J. BARTSCH, *Ne bis in idem: the European Perspective*, cit., 1164.

<sup>186</sup> Nella versione francese la norma suona così: “Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même Etat en raison d’une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet Etat”.

Paesi membri dell'Unione europea devono ancora provvedere alla sua ratifica<sup>187</sup>. Questo scarso rilievo pratico-applicativo del divieto sembra tanto più deprecabile se si guarda alla grande importanza che i redattori della norma avevano conferito al *ne bis in idem*, come si evince dall'espressa esclusione del meccanismo di deroga previsto dall'art. 15 della CEDU. Dal comma terzo dell'art. 4 del Protocollo n. 7 si evince infatti che il *ne bis in idem* costituisce uno di quei diritti talmente essenziali della persona umana, che il suo rispetto deve essere assicurato anche in tempo di guerra o in presenza di altre emergenze<sup>188</sup>. Si palesa così, per mezzo della espressa esclusione del *ne bis in idem* dal novero dei diritti rispetto ai quali opera la clausola di eccezione contenuta nell'art. 15, il peso che il divieto in parola ha oggi assunto, almeno in teoria<sup>189</sup>.

Venendo adesso ad esaminare più da vicino i contenuti dell'articolo 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU, l'impressione che se ne ricava è, analogamente a quella suscitata dal Patto internazionale del 1966, quella di trovarsi in presenza di una norma di compromesso, che si caratterizza per almeno tre peculiarità.

In primo luogo, come accennato, il *ne bis in idem* codificato nell'art. 4, pur essendo oggetto di una norma internazionale dispiega la propria efficacia solo all'interno di ciascun ordinamento statale<sup>190</sup>; si afferma il *ne bis in idem*, dunque, ma al contempo si amputa la sua valenza garantista. La volontà di limitare l'efficacia del divieto di *bis in idem* sul piano interno trova chiara espressione nelle parole "*under the jurisdiction of the same State*", contenute nell'art. 4 e volte appunto a fugare ogni dubbio circa l'applicazione del principio a livello

---

<sup>187</sup> Lo stato delle firme e delle ratifiche del Protocollo può essere consultato al sito internet del Consiglio d'Europa, alla pagina <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=117&CM=8&DF=5/25/2008&CL=ITA>.

<sup>188</sup> Ai sensi dell'art. 4 comma 3 del Protocollo: "No derogation from this Article shall be made under Article 15 of the Convention".

<sup>189</sup> Analog. H.J. BARTSCH, *Ne bis in idem: the European Perspective*, cit., 1164: "it is one of the rights from which no derogation is allowed even in time of war or other public emergency – a clear indication of the importance which is being attached to the principle in connection with fairness of criminal proceedings. The more surprising then that it had not found its way into the Convention from the very beginning".

<sup>190</sup> Nel *Rapport explicatif* (consultabile alla pagina <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/117.htm>) si legge testualmente: "This article embodies the principle that a person may not be tried or punished again in criminal proceedings under the jurisdiction of the same State for an offence for which he has already been finally acquitted or convicted (*non bis in idem*)".

nazionale<sup>191</sup>. Ma se la retrosia degli Stati a riconoscere il *ne bis in idem* transnazionale è facilmente comprensibile, ciò che desta qualche sorpresa è la debolezza delle argomentazioni utilizzate per giustificare tale scelta di natura schiettamente politica. Ed infatti, per giustificare l'inapplicabilità dell'art. 4 del Protocollo ogni volta in cui il secondo processo – o l'esecuzione della seconda pena – ha luogo in uno Stato diverso da quello in cui si è svolto il primo giudizio – o è stata eseguita la prima pena – ci si è limitati ad affermare che il *ne bis in idem* internazionale è oggetto di altre convenzioni, diverse dal 7. Protocollo medesimo<sup>192</sup>. Sembra insomma che i redattori del *Rapport explicatif* abbiano voluto dare ad intendere che non vi fosse bisogno di riconoscere nel Protocollo addizionale il *ne bis in idem* transnazionale, ch  questo era – a detta degli stessi redattori – gi  sufficientemente garantito da altri strumenti internazionali.

La seconda peculiarit  della norma   data dal fatto che la disposizione in esame (analogamente alla corrispondente norma del Patto del 1966) codifica tanto il *ne bis in idem* sostanziale che quello processuale, subordinando la duplice preclusione al medesimo presupposto, e cio  che si tratti di un reato per il quale la persona   gi  stata assolta o condannata a seguito di una sentenza definitiva<sup>193</sup>. La scelta di disciplinare i due diversi principi in un'unica norma mentre ne evidenzia la funzione di garanzia di fronte a tutti i possibili abusi dello *jus puniendi* statale, al contempo costituisce la ragione principale dei dubbi ermeneutici sollevati dall'art. 4 del Protocollo n. 7. L'alternativa, infatti, diventa stringente: o si rinuncia ad una lettura unitaria della nozione di "*infraction*" all'interno della norma, oppure si va alla ricerca di un improbabile comune denominatore che funga da condizione applicativa della duplice preclusione.

Vi   infine un terzo profilo dal quale emerge che l'art. 4 del Protocollo costituisce, sotto molti aspetti, il frutto di una mediazione. Ed infatti, com'  stato

---

<sup>191</sup> Cfr. il *Rapport explicatif*, cit., punto 27: "The words 'under the jurisdiction of the same State' limit the application of the article to the national level".

<sup>192</sup> Pi  precisamente, al punto 27 del *Rapport explicatif* si legge che "Several other Council of Europe conventions, including the European Convention on Extradition (1957), the European Convention on the International Validity of Criminal Judgments (1970) and the European Convention on the Transfer of Proceedings in Criminal Matters (1972), govern the application of the principle at international level".

<sup>193</sup> Il primo comma dell'art. 4 del 7. Protocollo (pubblicato in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 1360 ss.) prevede che "*Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même Etat en raison d'une infraction pour laquelle il a d j  acquitt  ou condamn  par un jugement définitif conformément   la loi et   la procédure pénale de cet Etat*".

evidenziato, la norma in discorso realizza un compromesso, dal significato peraltro piuttosto limitato, tra due differenti tradizioni giuridiche: quella anglosassone, che guarda al divieto di *double jeopardy* nella prospettiva dei limiti alla facoltà di impugnazione da parte dell'accusa, e quella continentale europea, nella quale la garanzia soggettiva derivante dal *ne bis in idem* costituisce un effetto del giudicato e delle esigenze di certezza obiettiva a questo connesse<sup>194</sup>. Poiché l'art. 4 subordina il divieto di doppio processo e di duplice pena all'esistenza di una sentenza definitiva, la ricerca di una soluzione di compromesso si è risolta, di fatto, in una decisa amputazione della garanzia rispetto agli standard vigenti nei sistemi di *common law*<sup>195</sup>.

### **9.1. Verso un'estensione della garanzia anche agli illeciti amministrativi e disciplinari?**

Ciò detto in via generale, venendo adesso all'analisi dell'ambito applicativo dell'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU, uno dei più importanti problemi esegetici sollevati dalla norma concerne la tipologia di illeciti rispetto ai quali il divieto di *bis in idem* dispiega la propria efficacia. Ed infatti, poiché la norma in discorso parla esclusivamente di una *offence for which he has already been finally acquitted or convicted – une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné*, nella versione francese – non è chiaro se oggetto di divieto sia solamente la reiterazione del giudizio di rilevanza penale o, invece, la molteplice valutazione dell'illecito, a prescindere dalla natura disciplinare, amministrativa o penale di questo<sup>196</sup>. In particolare, ci si chiede se, stante il disposto dell'articolo 4, la previa condanna per aver commesso un illecito amministrativo (o disciplinare)

---

<sup>194</sup> Cfr. F. PEDRAZZI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e protocollo addizionale n. 7: una nuova tappa nella tutela delle garanzie fondamentali*, in *Riv. internaz. dir. dell'uomo*, 1992, 491 ss., cui *adde* G. SPANGHER, *sub art. 4, VII Protocollo addizionale*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, Padova, 2001, 957 ss. Per analogie e differenze tra *ne bis in idem* e *protection against double jeopardy*, si v. G. FLETZER, *La garanzia del ne bis in idem*, cit., 123 ss.; N. GALANTINI, *Il divieto di doppio processo come diritto della persona*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 97 ss.

<sup>195</sup> Cfr. *Rapport explicatif*, punti 22 e 26, dai quali si evince che una sentenza costituisce valido presupposto del divieto di *bis in idem* solamente "if, according to the traditional expression, it has acquired the force of *res judicata*. This is the case when it is irrevocable, that is to say when no further ordinary remedies are available or when the parties have exhausted such remedies or have permitted the time limit to expire without availing themselves of them".

<sup>196</sup> Cfr. M. PAPA, *Le qualificazioni*, cit., 19.

costituisca un ostacolo allo svolgimento del processo penale per il medesimo fatto, questa volta qualificato come reato.

A favore di una lettura restrittiva del divieto di *bis in idem*, che sarebbe dunque chiamato ad operare solo se la persona ha già affrontato un processo *penale* o ha scontato una *pena*, militano due argomenti. In primo luogo, vi è il dato testuale offerto dalla norma, che contiene un duplice riferimento alla natura penale del giudizio (*criminal proceedings*) e delle norme disciplinanti la materia (*in accordance with the law and penal procedure of that State*). Come si evince anche dal *Rapport explicatif*, il mancato riferimento alla natura esclusivamente “criminale” della “infrazione” si giustificerebbe proprio alla luce di tale duplice riferimento, che avrebbe reso ridondante un’ulteriore qualifica dell’illecito come penale<sup>197</sup>. Il secondo elemento a favore di una lettura restrittiva della duplice preclusione contenuta nell’art. 4 è offerto invece dall’analisi delle norme nazionali in tema di *ne bis in idem*. Ed invero, l’esperienza comparatistica evidenzia come, al di là di qualche sparuta eccezione rappresentata per esempio dalla legislazione spagnola<sup>198</sup>, in linea di massima la maggior parte degli Stati non estende il beneficio agli illeciti amministrativi e disciplinari<sup>199</sup>; non si vede dunque il motivo per imporre, attraverso una norma di diritto internazionale pattizio, una garanzia avente una portata evidentemente maggiore di quanto gli Stati hanno ritenuto opportuno assicurare a livello interno<sup>200</sup>.

A questa interpretazione restrittiva del divieto contenuto nell’art. 4 si contrappone, come accennavamo, una diversa lettura della norma, volta ad ampliare i margini applicativi della duplice preclusione fino ad estenderla anche agli illeciti amministrativi e disciplinari. Questa lettura si fonda sull’idea che le

---

<sup>197</sup> Al punto 28 il *Rapport explicatif* chiarisce infatti che “It has not seemed necessary, as in Articles 2 and 3, to qualify the offence as “criminal”. Indeed, Article 4 already contains the terms “in criminal proceedings” and “penal procedure”, which render unnecessary any further specification in the text of the article itself”.

<sup>198</sup> Su cui, per tutti, M. DEL MAR DÍAZ PITA, *Informe sobre el principio*, cit., 875 s.

<sup>199</sup> Cfr. J.L. DE LA CUESTA, *General Report*, cit., 20: “previous disciplinary, administrative, or civil convictions usually have no *ne bis in idem* effect in Criminal Law”.

<sup>200</sup> Per quanto concerne in particolare l’Italia, merita notare che il principio del *ne bis in idem* sostanziale ha trovato applicazione nei rapporti tra illeciti amministrativi e penali, in forza del richiamo al principio di specialità contenuto nell’art. 9 della legge n. 689/1981; cfr. per tutti E. DOLCINI, *sub art. 9*, in *Commentario delle “Modifiche al sistema penale” (Legge 24 novembre 1981 n. 689)* a cura di E. DOLCINI, A. GIARDA, F. MUCCIARELLI, C.E. PALIERO, E. RIVA CRUGNOLA, Milano, 1982, 35 ss.

stesse esigenze di tutela della persona che hanno spinto i legislatori nazionali ad introdurre il divieto di *bis in idem* in materia *penale* si presentano, sostanzialmente identiche, ogni volta in cui vengono in gioco sanzioni che hanno natura punitiva; naturale, dunque, che la garanzia operi sul presupposto dell'esistenza di un previo procedimento – o sanzione – *sostanzialmente penale*, anche se per avventura qualificato come amministrativo o disciplinare dai legislatori nazionali. In particolare, ciò che preme garantire non è tanto un'estensione indiscriminata della garanzia offerta dal *ne bis in idem* ad illeciti diversi da quelli penali, quanto piuttosto l'applicazione del divieto ogni volta che la sanzione che viene in gioco ha natura essenzialmente penale, anche se formalmente riconducibile ad un diverso ramo dell'ordinamento giuridico nazionale.

Emerge così la necessità di interpretare l'art. 4 del Protocollo alla luce di una nozione “autonoma” di illecito penale, capace di superare – o forse di ricondurre ad unità – i criteri che i legislatori statali utilizzano per distinguere tra illeciti penali, amministrativi e disciplinari. In questo modo, si raggiunge un duplice obiettivo: da un lato, si garantisce un'applicazione uniforme del principio del *ne bis in idem* in tutti gli Stati che hanno ratificato il 7. Protocollo integrativo della CEDU<sup>201</sup>; dall'altro, “agganciando” la garanzia prevista dall'art. 4 ad un concetto “autonomo” di illecito penale, si impedisce agli Stati di aggirare il divieto di *bis in idem* etichettando alcune sanzioni (sostanzialmente penali) come disciplinari o amministrative.

Orbene, se queste sono le ragioni che stanno alla base di un'interpretazione ampia del *ne bis in idem* previsto da strumenti internazionali, non stupisce che un'estensione del divieto anche ad alcune ipotesi di sanzioni amministrative sia stata fatta oggetto di recenti proposte normative emerse in importanti sedi

---

<sup>201</sup> La finalità garantista di questa opzione ermeneutica è evidenziata anche dai redattori della c.d. *Freiburg Proposal*, (Cfr. A. BIEHLER, R. KNIEBÜHLER, J. LILIEUR-FISCHER, S. STEIN, *Freiburg Proposal on Concurrent Jurisdictions and the Prohibition of Multiple Prosecutions in the European Union*, Freiburg i.Br., 2003, la cui traduzione italiana, a cura di E. Zanetti, è pubblicata in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 374 ss.). Coerentemente, nella stessa *Proposal* all'art. 6(2)(b) si accoglie una nozione molto ampia di azione penale, tale che ai fini del *ne bis in idem* “‘prosecution’ includes any proceedings with a repressive character. It is not necessary that the offence on which the prosecution is based is qualified as criminal by the legal system which ruled the first proceeding”.

internazionali<sup>202</sup>. Ma soprattutto non desta sorpresa il fatto che la Corte di Strasburgo abbia adottato tale seconda linea esegetica, favorendo così un'applicazione della garanzia più estesa possibile e soprattutto uniforme in tutti gli Stati vincolati al rispetto dell'art. 4. Ed invero, dopo l'espressa introduzione del divieto di *bis in idem* in una norma *ad hoc*, segno della inequivoca volontà degli Stati di riconoscere tale fondamentale diritto dell'uomo, è del tutto coerente che la Corte si preoccupi di garantire che gli Stati non saranno poi liberi di aggirare tale divieto *ad libitum*, semplicemente qualificando certi illeciti come amministrativi. Il merito maggiore di questa linea esegetica fatta propria dai giudici di Strasburgo consiste pertanto nel far leva sulla valenza garantista della preclusione ritagliando uno spazio "incomprimibile" al *ne bis in idem*, al riparo da qualsiasi tentativo di *Etikettenbetrug* da parte degli Stati. Per compiere questa operazione ermeneutica, la Corte di Strasburgo, anziché elaborare una nozione di *offence* rilevante ai fini del divieto contenuto nell'art. 4 del Protocollo addizionale, ha preferito richiamare il concetto di "accusa penale" da lei stessa elaborato con riferimento al giusto processo<sup>203</sup>. Pertanto, operando il *ne bis in idem* sul presupposto di una "accusa penale" così come intesa ai fini dell'applicazione dell'art. 6 CEDU, non soltanto illeciti formalmente penali ma anche illeciti amministrativi e disciplinari di carattere *sostanzialmente* penale rientrano nell'ambito applicativo della preclusione<sup>204</sup>.

In particolare, per verificare se si è in presenza di una "illecito penale" ai sensi della Convenzione e dunque se sussistono i presupposti per l'applicazione del

---

<sup>202</sup> Cfr. la *Iniziativa della Repubblica ellenica in vista dell'adozione della decisione quadro del Consiglio sull'applicazione del principio «ne bis in idem»* (2003/C 100/12), dove all'articolo 1 si legge che "illeciti penali" debbono intendersi non solamente "gli atti considerati reati ai sensi della legislazione di ciascuno Stato membro" ma anche "gli atti considerati illeciti amministrativi o infrazioni a regolamenti punibili da un'autorità amministrativa con una pena pecuniaria, conformemente alla legislazione nazionale di ciascuno Stato membro, a condizione che rientrino nella giurisdizione dell'autorità amministrativa e che l'interessato abbia la possibilità di adire un tribunale penale".

<sup>203</sup> Sulla nozione di "accusa in materia penale" elaborata dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo ai sensi dell'art. 6 della CEDU, cfr. A. TAMIETTI, *La nozione di "accusa in materia penale" ai sensi dell'art. 6 della Convenzione europea dei Diritti dell'uomo: riflessioni in margine alla decisione Montera c. Italia*, in *Cass. pen.*, 2003, 4, 1405 ss., cui si rimanda anche per i necessari richiami dottrinali e giurisprudenziali.

<sup>204</sup> La necessità di estendere la garanzia del *ne bis in idem* anche ad alcune ipotesi di illeciti amministrativi ha trovato espressione in alcuni importanti progetti emersi in sede internazionale; cfr., per esempio, l'art. 1 (a) della già richiamata *Initiative of the Hellenic Republic with a view to adopting a Council Framework Decision concerning the application of the "ne bis in idem" principle* (2003/C 100/12).



divieto di *bis in idem*, è necessario rifarsi a tre criteri elaborati dalla Corte in via pretoria<sup>205</sup>. In primo luogo – ma si tratta solamente di un punto di partenza, avendo valore solo indiziante – è necessario accertare se le norme che definiscono l'illecito in questione appartengono, secondo il sistema legale del singolo Stato, al campo penale, fiscale, disciplinare o amministrativo. A tale proposito è necessario stabilire se la decisione in merito all'applicazione della sanzione spetti al giudice penale o amministrativo; inoltre, le distinzioni del diritto interno non devono essere valutate isolatamente ma, piuttosto, alla luce delle legislazioni dei vari Stati firmatari<sup>206</sup>. Il secondo fattore da prendere in considerazione è dato dalla natura dell'illecito; a questi fini assume particolare importanza il tipo di comportamento in cui si sostanzia l'offesa ed il grado di compatibilità con il vivere associato<sup>207</sup>. In terzo ed ultimo luogo è necessario prendere in considerazione il grado di severità della sanzione nella quale il ricorrente rischia di incorrere, avuto riguardo all'intento deterrente e punitivo che ha guidato il legislatore. Ed è quest'ultimo criterio quello che, a detta della Corte, assume rilevanza determinante; ed invero, in una società democratica governata dal diritto e dal principio di legalità – dal *rule of law*, per dirla con la Corte – ogni privazione di libertà dettata da finalità punitive si deve presumere appartenente al campo penale, con la sola eccezione di quelle che per durata, natura o modalità di esecuzione non sono suscettibili di arrecare un apprezzabile documento<sup>208</sup>.

Sebbene questa giurisprudenza della Corte di Strasburgo, nel segno di una maggiore tutela di un diritto essenziale dell'individuo, debba essere in linea di principio salutata con favore, pare anche che gli effetti dell'estensione della garanzia del *ne bis in idem* agli illeciti amministrativi e disciplinari non debbano

---

<sup>205</sup> Questi criteri sono stati esplicitati dalla Corte per la prima volta nella sentenza Engel et al. V. Netherland, dell'8 giugno 1976, serie A n. 22, §§ 82 e 83, e confermati nella successiva giurisprudenza della Corte. Si v. tra le altre, le pronunce Özutürk v. Germany del 21 febbraio 1984, serie A n. 73, p. 18, § 50 e Lauko v. Repubblica Slovacca del 2 settembre 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-IV, §§ 56-58.

<sup>206</sup> Sul punto A. TAMIETTI, *La nozione di "accusa in materia penale"*, cit., 1405 ss.

<sup>207</sup> Cfr. A. TAMIETTI, *loc. cit.*

<sup>208</sup> Cfr. la sentenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo nel caso Engel and others v. Netherland, cit. § 82: "In a society subscribing to the rule of law, there belong to the "criminal" sphere deprivations of liberty liable to be imposed as a punishment, except those which by their nature, duration or manner of execution cannot be appreciably detrimental. The seriousness of what is at stake, the traditions of the Contracting States and the importance attached by the Convention to respect for the physical liberty of the person all require that this should be so".

essere eccessivamente enfatizzati. In primo luogo, infatti, i criteri elaborati dalla Corte di giustizia al fine di decidere della natura penale dell'illecito hanno natura assolutamente vaga ed indeterminata, in conseguenza del fatto che si tratta sempre di valutare la somiglianza – si direbbe quasi la prossimità – tra una data infrazione ed il “prototipo” di illecito penale. Anche il criterio che guarda all'entità e alla finalità della sanzione si rivela essere molto più indeterminato di quanto potrebbe a prima vista sembrare; e gli sforzi della dottrina volti a tracciare con maggiore precisione i confini dell'illecito “sostanzialmente” penale non sembrano destinati a maggior fortuna<sup>209</sup>. La vaghezza dei parametri che debbono utilizzarsi per decidere della natura penale o meno dell'illecito, rende oltremodo difficile poter fare affidamento su una pronuncia della Corte favorevole all'applicazione del *ne bis in idem*. In questo modo però, vengono fatalmente frustrate le esigenze di certezza del diritto sottese al divieto di duplice processo, poiché la persona in questione non è in grado di prevedere i limiti della garanzia offerta dall'art. 4 del Protocollo addizionale.

In secondo luogo, al di là delle dichiarazioni di principio effettuate dalla Corte, rimane la sensazione che si tratti di un'operazione di facciata, la cui efficacia pratica è prossima allo zero. La portata dirompente della interpretazione della nozione di *infraction* in linea con l'art. 6 della CEDU, e dunque amplissima in relazione alla tipologia di illeciti che rientrano nella garanzia, è invero sostanzialmente annullata dalla contestuale interpretazione della stessa nozione di *infraction* – questa volta con riferimento al problema della “identità del fatto” – in chiave normativa. Così, da un lato si afferma che qualunque sanzione *lato sensu* repressiva e sufficiente a fondare il divieto contenuto nell'art. 4; dall'altro, però, in numerose occasioni si dice anche che il più piccolo cambiamento nella definizione giuridica dell'illecito mette fuori gioco la medesima garanzia. Ma a questo punto siamo già all'analisi del secondo nucleo problematico del *ne bis in idem* previsto nell'articolo 4, vale a dire la ricerca della identità del fatto che costituisce il presupposto del divieto.

---

<sup>209</sup> Ad esempio, i redattori della c.d. *Freiburg Proposal*, prima richiamata, al paragrafo 6, punto a, lett.b) considerano penale “any proceeding with a repressive character”, senza chiarire cosa debba intendersi con il termine “repressivo”.

## **9.2. Le problematiche sollevate da una nozione c.d. unitaria di “*infraction*” e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo**

Posto che l’articolo 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU codifica tanto il *ne bis in idem* sostanziale che quello processuale, per quanto concerne il presupposto della “identità dei fatti” il primo problema che si pone consiste nello stabilire se i due principi debbano intendersi subordinati al medesimo presupposto applicativo, tale per cui la nozione di “idem” sarebbe la medesima per il divieto di duplice pena e per quello di doppio processo. L’interrogativo deriva dunque da una scelta compiuta in sede di redazione dell’art. 4, quando si è deciso di subordinare il divieto processuale e quello sostanziale al medesimo presupposto, e cioè che si trattasse di un reato per il quale la persona è già stata assolta o condannata a seguito di una sentenza definitiva<sup>210</sup>. Come detto in precedenza, la scelta di disciplinare i due diversi principi in un’unica norma è presumibilmente dovuta a ragioni di economia legislativa e, soprattutto, alla volontà di evidenziarne al massimo grado la funzione di garanzia; la disposizione in discorso offre infatti all’individuo una protezione di fronte a tutti i possibili abusi dello *jus puniendi* statale. Questa tecnica redazionale, però, costituisce anche la ragione principale dei dubbi ermeneutici sollevati dall’art. 4 del Protocollo n. 7. La scelta esegetica è infatti a “rime obbligate”: o si rinuncia ad una lettura unitaria della nozione di “*infraction*” all’interno della norma e si tenta di stabilire i presupposti applicativi dei due diversi divieti; oppure si va alla ricerca di un improbabile comune denominatore che funga da condizione applicativa della duplice preclusione, capace dunque di costituire presupposto tanto del *ne bis in idem* sostanziale che di quello processuale.

Nonostante basilari esigenze di logica giuridica consiglierebbero di abbracciare la prima opzione esegetica, e quindi di interpretare la disposizione in discorso come se questa contenesse due divieti meramente giustapposti – anziché interferenti – la Corte di Strasburgo pare andare in tutt’altra direzione, cercando di individuare, una volta per tutte, i presupposti del duplice divieto. Ma questa scelta ermeneutica, realizzando una commistione tra due principi che invece divergono

---

<sup>210</sup> Come detto, infatti, ai sensi dell’art. 4 del 7. Protocollo “Nul ne peut être *poursuivi ou puni pénalement* par les juridictions du même Etat en raison d’une *infraction* pour laquelle il a déjà acquitté ou condamné par un jugement définitif [...]” (corsivi aggiunti).

notevolmente quanto a contenuto assiologico, rende oltremodo difficile, per non dire impossibile, attribuire un univoco significato alla nozione di “*infracction*” quale presupposto della preclusione; l’effetto, insomma, è quello di un elefante in una cristalleria: ampliata irragionevolmente la portata garantista della norma, se ne perde la *ratio*, e con questa la possibilità di individuare, con relativa sicurezza, i presupposti del divieto.

Il problema pare tanto più rilevante se si considera che, nella determinazione di tale nozione “unitaria” d’*infracction*, la Corte naviga a vista, per così dire, non trovando alcun sostegno né nel dato linguistico, di per sé ambiguo, né nei lavori preparatori del Protocollo n. 7; è la stessa Corte infatti ad affermare che questi ultimi “*n’apportent pas beaucoup de lumière en la matière, sauf à refléter une conception plutôt étroite du principe non bis in idem*”<sup>211</sup>. Né i giudici di Strasburgo sembrano trovare ausilio nel *Rapport explicatif*, che anzi, attraverso il richiamo ad altri strumenti internazionali, offre motivo sia per un’interpretazione del termine in chiave normativa, sia per una sua lettura in chiave storico-naturalistica, come *le faits constituant des infracction pénales*<sup>212</sup>. Da qui, una giurisprudenza traballante e confusa, all’interno della quale si è soliti individuare due diversi orientamenti in contrasto tra loro: il primo, più risalente, volto ad attribuire rilevanza all’identità di condotta, e dunque alle concrete modalità fattuali della vicenda storica oggetto di giudizio (concezione c.d. storico-naturalistica di “*infracction*”); il secondo, maggioritario ad attuale, tutto incentrato sui rapporti esistenti tra le fattispecie incriminatrici, e dunque teso a valorizzare le diverse qualificazioni giuridiche concorrenti piuttosto che il substrato fattuale della decisione (concezione c.d. normativa di “*infracction*”).

---

<sup>211</sup> Cfr. la sentenza Göktan v. France, del 2 luglio 2002, punto 46.

<sup>212</sup> Per le perplessità, sollevate in dottrina, dai richiami del *Rapport* alla Convenzione europea sull’extradizione (1957), alla Convenzione europea sul valore internazionale dei giudizi repressivi (1970), nonché alla Convenzione europea sul trasferimento delle procedure repressive (1972), cfr. M. R. MARCHETTI, *sub* art. 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione europea dei diritti dell’Uomo, in *Legis. pen.*, 1991, 250; F. PEDRAZZI, *Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, cit., 496; G. SPANGHER, *sub* art. 4, cit., 959. Cfr. anche la sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee del 9 marzo 2006, van Esbroeck, causa C-436/04, punto 28, corsivi aggiunti: “[...] tanto l’art. 14, n. 7, del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, quanto l’art. 4 del protocollo 7 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, ricorrono alla nozione di ‘reato’, risultando dunque pertinente il criterio della qualificazione giuridica dei fatti come presupposto per l’applicazione del principio ‘ne bis in idem’ sancito da questi ultimi strumenti”.

All'interno dell'esiguo numero<sup>213</sup> delle sentenze della Corte in materia, i *leading cases* sono costituiti dalla decisione *Gradinger c. Autriche*, risalente al 1995, e da quella *Oliveira c. Suisse*, del 1998. Nella prima pronuncia, i giudici di Strasburgo hanno ravvisato una violazione dell'art. 4 del Protocollo in un caso in cui la decisione dell'autorità amministrativa e quella dei giudici penali austriaci avevano avuto ad oggetto la medesima condotta (*the same conduct; le même comportement*), nella specie la guida in stato di ebbrezza da cui era poi derivata la morte di un uomo<sup>214</sup>; secondo la Corte, infatti, a nulla valeva la circostanza che le norme in discorso si distinguessero per natura e scopo, costituendo la prima un'aggravante speciale dell'omicidio e la seconda un illecito amministrativo, poiché a violare la garanzia del *ne bis in idem* era sufficiente che “*le deux décisions litigieuses se fondent sur le même comportement*”<sup>215</sup>. Pertanto, secondo questo primo orientamento, si ha una violazione del *ne bis in idem* ogni volta in cui uno degli illeciti, nonostante la diversa natura e scopo, non costituisca, per usare le parole della sentenza, *qu'un aspect du délit sanctionné* dall'altra norma<sup>216</sup>.

Anche il secondo *leading case* in materia di *ne bis in idem* concerneva la violazione delle norme sulla circolazione stradale da cui era derivato un danno all'incolumità fisica di un altro utente della strada; questa volta, tuttavia, la circostanza che ad una prima pronuncia del *Polizeirichteramt* di Zurigo, che aveva condannato l'imputato ad una sanzione amministrativa per non aver adeguato la velocità del veicolo alle condizioni della strada innevata, avesse fatto seguito una seconda pronuncia, questa volta di un giudice penale, conclusasi con la condanna per lesioni colpose, non è stata ritenuta dalla Corte sufficiente a configurare una violazione dell'art. 4 del Protocollo n. 7. Ed infatti, secondo i giudici di Strasburgo, poiché si trattava di un *concours idéal d'infractions* e quindi di più

---

<sup>213</sup> È stata la stessa Corte di Strasburgo a riconoscere che “*sa jurisprudence relative à la règle non bis in idem n'est pas très fournie*”, Sentenza *Göktan v. France*, cit., punto 44.

<sup>214</sup> Sentenza *Gradinger v. Austria*, 23 ottobre 1995.

<sup>215</sup> Sentenza *Gradinger v. Austria*, cit., punto 55: “the Court is fully aware that the provisions in question differ not only as regards the designation of the offence but also, more importantly, as regards their nature and purpose. It further observes that the offence provided for in section 5 of the Road Traffic Act represents only one aspect of the offence punished under Article 81 para. 2 of the Criminal Code. Nevertheless, both impugned decisions were based on the same conduct. Accordingly, there has been a breach of Article 4 of the Protocol No 7”.

<sup>216</sup> Sentenza *Gradinger v. Austria*, cit., punto 55.

illeciti realizzati con un solo atto, la circostanza che l'imputato fosse stato giudicato due volte non violava la garanzia stabilita dal Protocollo, vietando questo la reiterazione del processo per un identico illecito e non per un singolo atto<sup>217</sup>; tanto più, aggiunge la Corte, che nel caso in esame le sanzioni non erano cumulative, avendo trovato applicazione il principio c.d. di compensazione<sup>218</sup>. Come accennato, questa seconda sentenza, seguita poi da altre d'identico tenore<sup>219</sup>, è stata salutata come il segno di un netto *revirement* giurisprudenziale, per cui la Corte, dopo aver dapprima attribuito rilevanza al *fait matériel*, quale presupposto del *ne bis in idem*, avrebbe poi mutato indirizzo, guardando solamente alle qualificazioni giuridiche convergenti sul fatto storico<sup>220</sup>.

La scarsa frequenza con cui la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sul tema rende difficile prendere posizione sull'esistenza di un principio prevalente nella giurisprudenza di Strasburgo. Inoltre, a complicare ulteriormente le cose c'è il fatto che la Corte non chiarisce se i principi di diritto affermati devono ritenersi

<sup>217</sup> Sentenza Oliveira v. Switzerland, 30 luglio 1998, para. 26: "Article 4 of Protocol No. 7 [...] prohibits people being tried twice for the same offence whereas in cases concerning a single act constituting various offences (*concours idéal d'infractions*) one criminal act constitutes two separate offences".

<sup>218</sup> In ogni caso, in questa pronuncia, ciò che assume rilevanza preminente è il divieto di doppio giudizio, poiché la mancata violazione del *ne bis in idem* sostanziale costituisce solo un'ulteriore motivo a sostegno della decisione, nulla dicendo la Corte su quale sarebbe stato l'esito della controversia se il principio di compensazione non avesse trovato applicazione nell'ordinamento svizzero. La Corte, infatti, si limita ad affermare che la norma in discorso "does not preclude separate offences, even if they are all part of a single criminal act, being tried by different courts, especially where, as in the present case, the penalties were not cumulative, the lesser being absorbed by the greater", Oliveira v. Switzerland, cit., para. 27.

<sup>219</sup> Cfr. anche sentenza Franz Fischer v. Austria, cit., para 25, dove si afferma che "there are cases where one act, at first sight, appears to constitute more than one offence, whereas a closer examination shows that only one offence should be prosecuted because it encompasses all the wrongs contained in the other". *Analog.*, sentenza Göktan v. France, cit., para 50.

<sup>220</sup> Cfr. avvocato generale COLOMER nelle conclusioni relative alla causa van Esbroeck, cit., nota 19: "La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo risulta sul punto contraddittoria: la sentenza [...] Gradinger/Austria [...] postulava l'identità fattuale, prescindendo dalla qualificazione giuridica, viceversa quella [...] Oliveira/Svizzera militava per l'altra tesi". Cfr. anche sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, Franz Fischer v. Austria, 29 maggio 2001, para 21: "The Government asserted that the Court, in its Gradinger judgment took the "same conduct" as the criterion for determining the "offence" within the meaning of Article 4 of Protocol N. 7. In its Oliveira judgment, however, the Court adopted a different approach by taking the legal qualification of the underlying facts as the criterion for establishing the identity of the "offence" without taking account of the overlapping factual elements of the case". In dottrina, sottolineano il contrasto giurisprudenziale, H. MOCK, *Une clarification bienvenue de la portée du principe « Ne bis in idem » au sens de l'article 4 du Protocole n. 7*, in *Rev. trim. dr. h.*, 1999, 623 ss.; L. SALAZAR, *Il principio del ne bis in idem nella giurisprudenza della Corte di Giustizia C.E. e della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, Relazione tenuta all'incontro di studio organizzato dal C.S.M. *Il principio del "ne bis in idem" in ambito europeo: prevenzione e composizione dei conflitti di giurisdizione*, Roma, 19-21 settembre 2005, p. 4 e ss. dell'estratto.

applicabili solamente alle ipotesi di *ne bis in idem* processuale o anche alle ipotesi di *ne bis in idem* sostanziale, muovendo invece, almeno in apparenza, da una nozione “unitaria” di “infractio”. Pare pertanto opportuno limitarsi qui a segnalare una certa linea evolutiva della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’Uomo, che sembra andare nel senso di un approccio “normativo” temperato alle problematiche del *ne bis in idem*. Tale approccio mediano pare ben esemplificato da una recente sentenza dove la Corte, senza rinnegare la propria precedente giurisprudenza nella quale si attribuiva rilevanza alle qualificazioni giuridiche del fatto, ha tuttavia meglio chiarito la funzione e lo scopo dell’art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU<sup>221</sup>, chiarendo al contempo quando si è in presenza di un concorso formale di reati che giustifica la mancata applicazione del divieto. In questa occasione, infatti, i giudici di Strasburgo hanno affermato che la norma in discorso non preclude un secondo processo o una seconda sanzione per il “medesimo reato” (*same offence*); essa piuttosto vieta che una persona sia processata o punita per un reato per il quale è *già* stata processata o punita<sup>222</sup>. Conseguentemente, mentre non basta ad integrare il divieto la circostanza che si tratti di un medesimo fatto storico – ché questo potrebbe essere sussumibile in più norme astratte – nondimeno, la Corte non può limitarsi a valutare se un individuo è stato processato o punito per due reati nominalmente diversi<sup>223</sup>. Ai fini del divieto di cui all’art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU ciò che quindi assume rilevanza dirimente è se i reati che vengono in gioco hanno o meno gli stessi elementi essenziali (*the same essential elements*).

La sentenza in oggetto non consente di comprendere appieno se il principio di diritto affermato costituisce una mera riaffermazione della nozione “normativa” di *infractio* o un suo temperamento. Nel caso in esame, infatti, poiché le norme che venivano in discorso erano sostanzialmente identiche (trattandosi dell’aggravante dell’omicidio colposo data dall’assunzione di alcool, da un lato; della stessa

---

<sup>221</sup> Si tratta della sentenza *Franz Fischer v. Austria*, del 29 maggio 2001.

<sup>222</sup> Cfr. *Franz Fischer v. Austria*, cit., para 25: “the wording of Article 4 of Protocol No. 7 does not refer to the ‘same offence’ but rather to trial and punishment ‘again’ for an offence for which the applicant has already been finally acquitted or convicted”.

<sup>223</sup> Cfr. *Franz Fischer v. Austria*, cit., para 25: „while it is true that the mere fact that a single act constitutes more than one offence is not contrary to this Article, the Court must not limit itself to finding that an applicant was, on the basis of one act, tried or punished for nominally different offences”.

assunzione di alcoolici sanzionata autonomamente dal codice della strada, dall'altro), la Corte ha avuto gioco facile nell'affermare che il principio del *ne bis in idem* era stato violato<sup>224</sup>. Nondimeno, l'ampio richiamo alla giurisprudenza precedente e lo spazio dedicato alla disamina della *ratio* del duplice divieto contenuto nell'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU inducono a ritenere che il riferimento, operato dalla Corte, agli elementi essenziali delle fattispecie incriminatrici potrà essere utilizzato in futuro per meglio chiarire la nozione di *concoure idéal d'infractions* rilevante ai fini del *ne bis in idem*. Sembra insomma che la tendenza evolutiva sia quella di ritenere operante il principio del *ne bis in idem* anche nelle ipotesi in cui una rigida applicazione del criterio "normativo" della identità delle *offences* condurrebbe a risultati diversi.

---

<sup>224</sup> Si tratta della sentenza *Franz Fischer v. Austria*, cit., para 29.



## CAPITOLO II

### IL *NE BIS IN IDEM* NELLA PROSPETTIVA INTERNAZIONALE

1. Le diverse articolazioni del *ne bis in idem* nella prospettiva internazionale. – 2. Il *ne bis in idem* c.d. estradizionale. – 2.1. La *ratio* ancipite del *ne bis in idem* estradizionale. – 2.2. La portata applicativa del *ne bis in idem* estradizionale. – 2.3. Il concetto di “medesimo fatto” presupposto del *ne bis in idem* estradizionale ed i rapporti con la previsione bilaterale del fatto. – 3. Il *ne bis in idem* c.d. esecutivo o principio di compensazione. – 3.1. La *ratio* equitativa di un principio “realista”. – 3.2. Il principio di compensazione come limite alla eseguibilità *in bis* della sentenza. – 4. Il *ne bis in idem* internazionale. – 4.1. La *ratio* garantista della preclusione processuale. – 4.2. Il *ne bis in idem* come strumento risolutivo dei conflitti di giurisdizione. – 4.3. La portata applicativa del principio: limiti “strutturali” ed “estrinseci” del *ne bis in idem* internazionale. – 4.4. (Segue) la c.d. condizione dell’esecuzione. – 5. Il *ne bis in idem* transnazionale quale riflesso dei cambiamenti in seno alla Comunità internazionale. – 5.1. Due concezioni del diritto internazionale a confronto. – 5.2. Il *ne bis in idem* transnazionale nella concezione c.d. vetero-positivistica del diritto internazionale. – 5.3. Il possibile riconoscimento del *ne bis in idem* internazionale nella concezione solidaristica delle relazioni internazionali. – 5.4. (Segue) Il *ne bis in idem* estradizionale ed esecutivo: tra perdita di significato e nuove prospettive funzionali.

#### **1. Le diverse articolazioni del *ne bis in idem* nella prospettiva internazionale**

Nella prospettiva internazionale, un problema di *ne bis in idem* si pone esclusivamente nel caso di conflitti positivi di giurisdizione, vale a dire nelle ipotesi in cui diverse potestà punitive – statuali o sopranazionali – concorrono sul medesimo fatto criminoso. Il rilievo è banale nella sua ovvietà: è chiaro che, fintanto che ad affermare la propria competenza sono autorità giudiziarie appartenenti al *medesimo* ordinamento giuridico, il rischio di *bis in idem*, a livello internazionale, non sussiste e la vicenda rimane, in via di principio<sup>225</sup>, di pertinenza delle autorità nazionali. Sennonché, la questione si fa più interessante nel momento in cui si ribaltano, per così dire, i termini del problema: proprio perché la possibilità di una moltiplicazione della risposta punitiva nei confronti del medesimo individuo, ad opera di più Stati o organismi sopranazionali, è

---

<sup>225</sup> Si può infatti porre il problema del rispetto della garanzia sancita da trattati internazionali, su cui *supra* cap. I, para 7 e ss.

conseguenza indefettibile della concorrenza di diverse giurisdizioni penali su di un unico fatto criminoso, qualunque soluzione accolta in tema di *ne bis in idem* si riflette necessariamente anche sull'ampiezza della potestà punitiva nazionale o sovranazionale, conducendo ad un suo tendenziale ridimensionamento. A questo stadio dell'indagine non interessa stabilire con precisione *come* tale limitazione si realizzi né, tanto meno, indugiare sulla possibilità di guardare al *ne bis in idem* internazionale come criterio di risoluzione dei conflitti positivi di giurisdizione, quanto evidenziare come le due questioni siano strettamente connesse, quasi compenstrate l'una nell'altra: il *ne bis in idem* è espressione di un'esigenza di tutela dell'individuo di fronte alla molteplicità di pretese punitive nazionali o sopranazionali, che preme per una limitazione delle conseguenze negative, sotto il profilo *soggettivo*, individuale, dei conflitti positivi di giurisdizione.

Ciò detto, merita fin da adesso operare una prima delimitazione dell'oggetto di indagine, per evitare equivoci ed inutili appesantimenti. Posto che, come accennato, un problema di *ne bis in idem* si pone in tutte le ipotesi di conflitti positivi di giurisdizione, a prescindere dalla natura nazionale o sovranazionale dell'autorità giudiziaria che ha già giudicato o intende procedere in *idem*, la nostra attenzione si soffermerà esclusivamente sulle problematiche sollevate dai conflitti di giurisdizione tra Stati (conflitti c.d. orizzontali) e, conseguentemente, sul *ne bis in idem* che potremmo definire *transnazionale*, poiché, appunto, operante nei rapporti tra diverse entità statuali. Rimarranno invece esclusi, in quanto estranei alle esigenze della presente ricerca, i profili più spiccatamente internazionalistici del *ne bis in idem*, che emergono nelle ipotesi di concorrenza tra giurisdizioni nazionali e sopranazionali (conflitti c.d. verticali) e nei casi di concorrenza tra le pretese punitive di diversi Tribunali internazionali (conflitti di giurisdizione c.d. orizzontali sopranazionali)<sup>226</sup>.

Chiarito così l'ambito dell'indagine, pare opportuna una precisazione sistematica e terminologica: il *ne bis in idem* operante nei rapporti tra ordinamenti giuridici differenti (*ne bis in idem* transnazionale) può porre tre ordini di limitazioni all'esercizio del potere punitivo nazionale, cui corrispondono le tre tradizionali articolazioni del principio a livello internazionale. In primo luogo, il

---

<sup>226</sup> Per questa triplice distinzione e per maggiori approfondimenti sul tema, si rinvia a J.L. DE LA CUESTA, *Concurrent national and international criminal jurisdiction*, cit., *passim*.

*ne bis in idem* può costituire un motivo di rifiuto della cooperazione internazionale in materia penale, ponendo dunque un ostacolo *fattuale* all'esercizio della potestà punitiva da parte di un altro Stato; in questa prospettiva, viene soprattutto in rilievo il c.d. *ne bis in idem* estradizionale. In secondo luogo, il principio in parola può porre un limite giuridico all'esecuzione della sentenza nazionale, incidendo sull'*an* o sul *quantum* di pena eseguibile (*ne bis in idem* c.d. "esecutivo" o principio di compensazione). Infine, esso può limitare la giurisdizione penale dello Stato, impedendo l'instaurazione del processo da parte dello Stato "arrivato secondo"; in questo caso, esso viene a configurare il *ne bis in idem* internazionale in senso proprio.

## 2. Il *ne bis in idem* c.d. estradizionale.

Cominciando l'analisi dal *ne bis in idem* estradizionale, è questa una clausola contenuta nella stragrande maggioranza dei trattati di estradizione, i quali prevedono l'obbligo – e, in alcuni casi, la facoltà<sup>227</sup> – di rifiutare la consegna della persona richiesta quando nello Stato detentore sia intervenuta una sentenza irrevocabile sul fatto posto a base della domanda<sup>228</sup>. La previsione di questa clausola pattizia è una diretta conseguenza dell'accentuazione della vocazione internazionalistica delle legislazioni penali e, parallelamente a questa, dell'incremento delle attività di cooperazione tra Stati diversi nella comune lotta contro il crimine<sup>229</sup>; ed infatti, a fronte dell'aumento delle ipotesi di ricorso all'assistenza giudiziaria, si è palesata la necessità di evitare che i rapporti di cooperazione internazionale, dando pratica attuazione alle pretese punitive

---

<sup>227</sup> Generalmente i trattati di estradizione sanciscono l'obbligo di non concedere l'estradizione nelle ipotesi in cui lo Stato detentore si è già pronunciato sui fatti oggetto della domanda (cfr. ad es. l'art. 9.1 della Convenzione europea di estradizione, firmata a Parigi il 13 dicembre 1957, dove si afferma che "l'estradizione non sarà accordata quando la persona richiesta è stata giudicata in forma definitiva dalla autorità competenti della parte richiesta, per il fatto o per i fatti per i quali l'estradizione è domandata"); di contro, gli stessi trattati si limitano a prevedere che "una parte richiesta potrà rifiutare l'estradizione di una persona reclamata se costei è oggetto da parte sua di procedimenti penali per il fatto od i fatti per i quali l'estradizione è domandata" (così art. 8 Conv. eur. estr.) e che "l'estradizione potrà essere rifiutata se le autorità competenti della parte richiesta hanno deciso di non instaurare procedimenti, o di porre fine ai procedimenti penali che esse hanno instaurato, per il medesimo od i medesimi fatti" (così art. 9.2 Conv. eur. estr.).

<sup>228</sup> Per tutti, G. DEAN, *Profili di un'indagine sul ne bis in idem estradizionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 54 ss.

<sup>229</sup> Per un'analisi dei rapporti tra espansione extraterritoriale della legge penale e collaborazione internazionale, si v. le recenti osservazioni di A. DI MARTINO, *La frontiera e il diritto penale*, Torino, 2006, 45 ss.

nazionali, si prestassero a favorire una sistematica violazione del divieto di doppio processo su scala sovranazionale.

Il *ne bis in idem* estradizionale, pur essendo diretto ad evitare la moltiplicazione dei procedimenti e delle pene per uno stesso fatto, non costituisce una preclusione normativa alla instaurazione o alla prosecuzione di un nuovo giudizio; esso, indirizzandosi allo Stato che ha già proceduto, pone un limite *fattuale* alla possibilità, da parte di uno Stato *diverso* da questo, di esercitare il proprio *jus puniendi*. Nonostante una certa convergenza funzionale esistente tra il *ne bis in idem* internazionale e l'omonimo principio estradizionale, è evidente la distanza che intercorre tra i due: mentre il primo costituisce una preclusione in ordine alla procedibilità penale per un determinato fatto, quando su di esso è già intervenuta una sentenza definitiva in un *altro* Stato, il secondo, ponendo un limite alla cooperazione giudiziaria interstatale, solo in via indiretta ed accidentale può risolversi, per lo Stato richiedente, in un impedimento a procedere<sup>230</sup>. In altre parole, se il *ne bis in idem* processuale costituisce un vero e proprio ostacolo all'esercizio dello *jus puniendi*, il rifiuto di consegnare la persona richiesta tende esclusivamente "a frustrare la nuova azione penale dello Stato richiedente sul piano delle concrete possibilità di eseguire la sentenza"<sup>231</sup> ed offre al singolo individuo una tutela puramente fattuale ed assolutamente precaria; nulla esclude, infatti, che lo Stato "arrivato secondo" proceda in contumacia, oppure riesca ad ottenere la presenza dell'individuo sul proprio territorio ricorrendo a sistemi diversi dall'extradizione, dando così concreta applicazione al principio del *male captus, bene deceptus*<sup>232</sup>.

Posto dunque che il *ne bis in idem* estradizionale si risolve in un limite esclusivamente fattuale all'esercizio della giurisdizione da parte di uno Stato

---

<sup>230</sup> Questo può accadere, per esempio, quando la presenza del reo sul territorio dello Stato costituisce una condizione di procedibilità (come previsto dalla legge italiana per i reati di cui agli artt. 9 e 10 c.p.), oppure quando la legge dello Stato richiedente non ammetta la possibilità del giudizio contumaciale. Cfr. E. AMODIO-O. DOMINIONI, *L'extradizione e il problema del ne bis in idem*, in *Riv. dir. matr.*, 1968, in particolare, 365 s., cui *adde* N. GALANTINI, *L'evoluzione del principio del ne bis in idem europeo tra norme convenzionali e norme interne di attuazione*, Relazione tenuta all'incontro di studio organizzato dal C.S.M. *Il principio del "ne bis in idem" in ambito europeo: prevenzione e composizione dei conflitti di giurisdizione*, Roma, 19-21 settembre 2005, p. 7 dell'estratto.

<sup>231</sup> E. AMODIO-O. DOMINIONI, *L'extradizione e il problema del ne bis in idem*, cit., 365.

<sup>232</sup> Sul problema della cattura non autorizzata di individui all'estero, cfr. M.L. PADELLETTI, *Extradizione e convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 1996, 678 ss.

diverso da quello che ha già proceduto, le questioni sollevate dal principio sono essenzialmente due e strettamente collegate tra di loro: l'individuazione della sua *ratio* e della sua portata applicativa.

### 2.1. La *ratio* ancipite del *ne bis in idem* estradizionale

Per quanto concerne il fondamento del *ne bis in idem* estradizionale, è opinione condivisa che questo, lungi dal sancire una pretesa priorità dello Stato che si è attivato per primo, costituisca, come l'omonimo principio processuale, espressione di esigenze garantiste di protezione della libertà della persona umana<sup>233</sup>. A sostegno di questa tesi, si evidenzia come l'evoluzione del diritto internazionale pattizio è segnata dall'abbandono del principio c.d. di sussidiarietà, in base al quale "*l'Etat ne livre pas ses justiciables*", e dalla sua sostituzione con la regola secondo la quale l'obbligo di estradare trova un limite non già nella *possibilità* dello Stato richiesto di esercitare la propria giurisdizione, ma nell'effettivo esercizio dell'azione penale da parte di questo. Mentre attraverso il principio secondo cui "lo Stato non estrada i propri giustiziabili" si mirava un tempo a tutelare la sovranità della *Partie requise* preservandone la pienezza di giurisdizione di fronte agli altri Stati, il *ne bis in idem* si sarebbe invece imposto "per finalità di tutela degli interessi degli individui, per impedire che chi sia stato effettivamente sottoposto a giudizio possa incorrere nel rischio di subire un nuovo processo o una nuova pena per il medesimo fatto"<sup>234</sup>. In questa logica, dunque, non è l'intangibilità della pretesa punitiva statale a costituire un limite al dovere di estradizione, ma è il vincolo convenzionale, volto alla tutela del singolo individuo dai rischi di un doppio processo, che può limitare la competenza giurisdizionale degli Stati.<sup>235</sup>

Da una diversa prospettiva, si sottolinea poi come il *ne bis in idem* estradizionale non è diretto né a sancire la prevalenza della pretesa punitiva dello

---

<sup>233</sup> E. AMODIO-O. DOMINIONI, *L'extradizione e il problema del ne bis in idem*, cit., 369.

<sup>234</sup> E. AMODIO-O. DOMINIONI, *L'extradizione e il problema del ne bis in idem*, cit., 369.

<sup>235</sup> E. AMODIO-O. DOMINIONI, *L'extradizione e il problema del ne bis in idem*, cit., 368 s., che opportunamente sottolineano come la ragione di questo vero e proprio rovesciamento di posizioni è dovuto non solo alla sempre maggiore rilevanza dei diritti dell'uomo sulla scena internazionale, ma anche ad una nuova concezione dell'extradizione, cui si guarda non più come a un rapporto tra lo Stato del *locus commissi delicti* e lo Stato di rifugio, ma come a un meccanismo di cooperazione internazionale di più ampia portata e dunque operante anche quando il reato è stato commesso in uno Stato diverso da quelli tra cui si instaura il procedimento estradizionale.

Stato richiesto, né, tanto meno, a svolgere la funzione di principio regolatore di competenze repressive; esso, piuttosto, costituisce una conseguenza del fatto che l'obbligo di dar luogo alla consegna, assunto con un trattato, cessa, per prassi generalmente riconosciuta, se lo Stato richiesto si è già reso parte diligente per la repressione<sup>236</sup>. In altre parole, poiché non è la “perseguibilità” a costituire un’eccezione all’estradiabilità, ma è l’estradiizione a costituire un’eccezione alla perseguibilità, comprimendone il campo, il detto *aut dedere aut punire*, ove sussista un trattato di estradiizione, può essere rovesciato e convertito in *aut punire aut dedere*, ed il *ne bis in idem* estradizionale, lungi dal sancire un criterio di prevalenza tra le diverse pretese punitive concorrenti su di un medesimo fatto, si limita a riconoscere che “il *punire* (intendendosi con ciò tutta l’attività diretta alla repressione) esime dal *dedere* (e così pure il prosciogliere)”<sup>237</sup>. Lo Stato detentore è dunque libero di esercitare o meno l’azione penale per i fatti per i quali sussiste l’obbligo internazionale di estradare, fino a quando lo Stato estero non abbia presentato la domanda: se al momento in cui la domanda viene presentata lo Stato richiesto ancora non ha proceduto, esso è obbligato ad estradare, in forza del trattato; di contro, se esso ha iniziato il procedimento prima della richiesta, esso non è più obbligato a consegnare l’individuo, essendosi dimostrato maggiormente attivo rispetto allo Stato richiedente.

A prescindere dalla effettiva riconducibilità del *ne bis in idem* estradizionale al novero delle consuetudini internazionali – cosa di cui, invero, si dubita<sup>238</sup> – e tralasciando la questione dei limiti entro i quali la regola dell’*aut dedere aut punire* opera sul piano internazionale, già da questi sommari accenni sembra emergere come il principio in esame si caratterizzi per una *ratio* ancipite, rispondendo sia ad esigenze di garanzia dell’individuo sia ad interessi dello Stato detentore, diretti a negare l’esistenza di un obbligo di consegna una volta che ha già giudicato i fatti oggetto della richiesta.

Sebbene, infatti, la dottrina oggi assolutamente dominante sottolinei la matrice essenzialmente garantista del divieto di estradiizione fondato sulla *exceptio rei judicatae*, c’è un fondo di verità nelle teorie che ricollegano direttamente il *ne bis*

---

<sup>236</sup> R. QUADRI, voce *Estradiizione (Diritto internazionale)*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, 1967, 34 ss.

<sup>237</sup> R. QUADRI, voce *Estradiizione*, cit., 36.

<sup>238</sup> Cfr. N. GALANTINI, *Il principio del “ne bis in idem”*, cit., 155 s.

*in idem* internazionale agli obblighi che lo Stato di rifugio ha nei confronti degli altri Stati e con questo, in via mediata, alle istanze di tutela della sovranità nazionale sottese all'implementazione del principio. Queste teorie, infatti, esaltando il rapporto esistente tra "perseguibilità" ed estradabilità, da un lato, configurano il *ne bis in idem* estradizionale non come dovere (di non estradare) della Parte richiesta, ma come principio meramente ricognitivo dell'assenza di un obbligo di estradare in capo allo Stato detentore che si è già reso parte diligente per la repressione; dall'altro, concentrando l'attenzione esclusivamente sulla posizione dello Stato richiesto e sull'alternativa tra *punire* e *dedere* che questo ha, ben evidenziano come il *ne bis in idem* estradizionale opera esclusivamente nei confronti di quest'ultimo, dando ragione di quella sorta di "unilateralità della disciplina estradizionale"<sup>239</sup> che è rilevata anche da quanti affermano la natura esclusivamente garantista del principio e che tanto peso ha nella sua concreta applicazione. D'altra parte, quanti sostengono che l'extradabilità costituisce un'eccezione alla perseguibilità non sembrano motivare questa affermazione, per cui, in queste elaborazioni, il venir meno dell'obbligo di estradare in capo allo Stato che ha già giudicato riposa esclusivamente su una presunta consuetudine di cui non si comprende né la *ratio* né la portata<sup>240</sup>. Tornano a questo punto utili le riflessioni compiute da quanti ritengono che la previsione del *ne bis in idem* estradizionale è dettata da ragioni di tutela del singolo individuo dalla possibilità di una continua reiterazione dei giudizi e, di conseguenza, individuano il fondamento del principio in imprescindibili esigenze di garanzia della persona umana, che si impongono anche nell'ambito della cooperazione internazionale.

Riconosciute quindi le ragioni delle due impostazioni teoriche, sembra dunque che queste, anziché escludersi a vicenda, siano in qualche modo complementari e che, come detto, il fondamento del *ne bis in idem* estradizionale vada cercato tanto in esigenze di garanzia del singolo quanto in istanze di tutela della sovranità statale della Parte richiesta, che, per ragioni che avremo modo di chiarire in seguito, premono per una limitazione degli obblighi derivanti dai trattati; d'altra parte, questo non esclude che la preferenza accordata all'una o all'altra

---

<sup>239</sup> Così, efficacemente, N. GALANTINI, *Il principio del "ne bis in idem"*, cit., 178.

<sup>240</sup> In una prospettiva parzialmente diversa, ma comunque critica nei confronti di questa impostazione teorica, N. GALANTINI, *Il principio del "ne bis in idem"*, cit., 155.

prospettiva – quella statualista o quella garantista – abbia notevoli conseguenze sul piano, squisitamente tecnico, della qualificazione del *ne bis in idem* estradizionale come obbligo o semplice facoltà. Ed invero, nell’ottica di tutela dei diritti dell’estraddando, il principio in esame viene a costituire un vero e proprio dovere di non estradare in capo allo Stato detentore; di contro, se si muove dalla prospettiva dello Stato richiesto, questo ha tutto l’interesse ad affermare l’assenza di un obbligo di estradare, ma non necessariamente il divieto di procedere alla consegna, e, quindi, a ritenere il principio in esame costitutivo di una semplice facoltà.

Ebbene, prendendo le mosse dalla *ratio* garantista del principio, e ribadito che si tratta comunque di una tutela precaria e operante su di un piano esclusivamente fattuale, il *ne bis in idem* estradizionale pare innanzitutto volto a proteggere il singolo individuo da un secondo processo; da questo angolo visuale, il principio risponde sia ad esigenze di giustizia sostanziale, facendo sì che una stessa persona non debba sottoporsi continuamente alle fatiche di un processo penale, sia ad istanze di certezza soggettiva, poiché la persona giudicata può, almeno finché rimane sul territorio dello Stato dove si è svolto il primo processo, fare pieno affidamento sulla stabilità della decisione giudiziaria e degli effetti di questa.

In secondo luogo, il *ne bis in idem* estradizionale pare diretto a tutelare l’individuo dai rischi connessi ad un secondo giudizio, primo fra tutti la possibilità di vedersi condannato e di dover espiare una pena. Sotto questo profilo, vengono in gioco, ancora una volta, esigenze di giustizia sostanziale, che, tuttavia, a rigore si manifestano solo nel caso in cui il primo processo si è concluso con una condanna e con l’espiazione della pena; solo in quest’ultima ipotesi, infatti, la mancata concessione dell’estraddizione è funzionale a garantire la congruità della risposta sanzionatoria rispetto al fatto realizzato. Ne deriva, tra le altre cose, che, laddove si attribuisse rilevanza dirimente a questo fondamento del principio, dalla mancata esecuzione della sanzione (in tutto o in parte) discenderebbe, in via immediata, la legittimità dell’inosservanza del divieto di estradare in capo allo Stato richiesto<sup>241</sup>. Infine, diverso è anche il peso che la garanzia in parola, per sua

---

<sup>241</sup> Per analoghe considerazioni, si v. N. GALANTINI, *Il principio del “ne bis in idem”*, cit., 172, che tuttavia, piuttosto che mettere in relazione la mancata esecuzione della sentenza con il fondamento assiologico del *ne bis in idem* estradizionale, sottolinea come la parziale esecuzione



natura precaria, assume nel caso di estradizione processuale o di estradizione esecutiva: mentre nel primo caso il *ne bis in idem* estradizionale risponde ad esigenze di tutela anticipata, nel secondo caso, quando lo Stato richiedente ha già processato l'individuo e ne richiede la consegna al solo fine di dar luogo all'esecuzione della pena, il principio in discorso costituisce l'ultimo baluardo di "salvezza" per il reo da una duplicazione della risposta sanzionatoria, ferma restando, in ogni caso, l'operatività del *ne bis in idem* c.d. esecutivo<sup>242</sup>.

Venendo adesso alla seconda architrave assiologica del principio del *ne bis in idem* estradizionale, questa consiste, come accennato, in istanze di tutela della sovranità dello Stato richiesto, che, una volta che ha proceduto, ha interesse ad evitare un processo sui medesimi fatti all'estero, affinché sulla pretesa punitiva "fissata" nel giudicato non intervengano intromissioni di sorta<sup>243</sup>.

In primo luogo, infatti, un secondo giudizio estero, potendo condurre ad un diverso accertamento dei fatti o comunque concludersi con esiti difformi da quelli del processo nazionale, mina la fiducia della collettività nei propri giudici e la pace sociale conseguente al processo; in questa prospettiva emerge l'interesse dell'ordinamento a tutelare l'autorità delle sentenze penali interne e, attraverso questa, il valore ed il prestigio della funzione giurisdizionale<sup>244</sup>.

In secondo luogo, il successivo giudicato estero pregiudica la certezza obiettiva del diritto nazionale sotto un duplice profilo. Da un lato, infatti, le decisioni prese dalle autorità nazionali potranno essere messe in discussione dai giudici di un altro Stato: il principio di diritto posto a base della sentenza e la validità della norma incriminatrice nazionale ne uscirebbero dunque evidentemente indeboliti; dall'altro lato, i cittadini non avrebbero alcuna certezza

---

della sanzione potrebbe configurare un ulteriore strumento di superamento del divieto di cui all'art. 9 Conv. eur. estrad.

<sup>242</sup> Cfr., *infra*, para 3.

<sup>243</sup> Cfr. N. GALANTINI, *Il principio del "ne bis in idem"*, cit., 165, che peraltro sottolinea come al fondo di questa interpretazione del *ne bis in idem* estradizionale è difficile intravedere qualcosa di più di una scontata esegesi unilaterale.

<sup>244</sup> In questo senso, parte della dottrina più risalente. Cfr., per tutti, G. SABATINI, *Trattato dei procedimenti speciali e complementari nel processi penale*, Torino, 1956, 506 ss.; nonché U. ALOISI, *Manuale pratico di procedura penale*, vol. IV, Milano, 1952, in particolare 335, dove si legge: "anche per il suo contenuto etico-sociale, il rispetto dovuto alle sentenze dei giudici si impone universalmente quale una necessità inderogabile soprattutto nei rapporti con l'estero, per modo che ne risulti affermata sempre che sia possibile, anche in tal campo, l'autorità inerente ai detti giudicati". Si v. sul punto anche le notazioni critiche di N. GALANTINI, *loc. ult. cit.*, che evidenzia come queste considerazioni non siano affiancate da una concorde giurisprudenza.

sull'effettiva vigenza e portata del principio del *ne bis in idem* processuale, pure previsto dalla legislazione nazionale: l'affermazione astratta della preclusione giudiziale sarebbe di fatto smentita dal rinnovamento del giudizio all'estero.

Infine, in una prospettiva ancora differente, l'interesse dello Stato richiesto a non estradare la persona già giudicata sembra colorarsi di una nota prettamente garantista, a conferma di come le due *rationes* del *ne bis in idem* estradizionale siano profondamente compenstrate l'una nell'altra. Pare infatti che alla base del principio vi sia anche la volontà dello Stato detentore a non abdicare alla proprie scelte fondamentali in materia penale anche quando queste sono scelte di garanzia<sup>245</sup>, di tutela degli individui di fronte alle pretese punitive statuali, da qualunque parte esse provengano; la mancata consegna della persona già giudicata per i medesimi fatti può dunque essere letta anche come segno del fatto che lo Stato si fa garante del diritto dei soggetti sottoposti alla sua giurisdizione a non essere processati o puniti due volte per il medesimo fatto, negli stessi limiti in cui queste garanzie operano a livello nazionale. In questa logica, insieme garantista e nazionalista, l'ordinamento che viene a ricoprire il ruolo di *Pays requis* è completamente indifferente al quadro legislativo dello Stato richiedente in materia di validità impeditiva delle sentenze estere o nazionali: l'efficacia preclusiva del giudicato interno diventa metro e misura delle possibilità di rinnovamento del giudizio, che si impone anche nei rapporti con l'estero.

Spostando poi lo sguardo al *ne bis in idem* fondante non un divieto di estradizione ma una mera facoltà di rifiuto in capo allo Stato richiesto, la ragione dell'eventuale diniego opposto da quest'ultimo alla consegna dell'estraddando assume tratti assolutamente peculiari e la *ratio* del principio volge verso la garanzia di diritti fondamentali riconosciuti a livello nazionale. Ed invero, posto che solitamente nelle ipotesi di litispendenza internazionale lo Stato può rifiutare la consegna eccependo che un procedimento penale concernente i medesimi fatti oggetto del *petitum* estradizionale è attualmente in corso davanti alle Corti nazionali<sup>246</sup>, in siffatti casi il diniego di estradizione può rispondere all'esigenza

---

<sup>245</sup> Sottolinea l'interesse dello Stato estradante "a non rinunciare alle proprie concezioni in un settore di decisiva importanza come quello penale", seppure con riferimento al diverso problema della previsione bilaterale del fatto e quindi alle scelte incriminatrici dell'ordinamento, P. PISA, *Previsione bilaterale del fatto nell'extradizione*, Milano, 1973, 156 ss.

<sup>246</sup> Cfr. art. 8 Conv. eur. estr.

dello Stato detentore di tutelare diritti fondamentali dell'individuo previsti dalla Carta costituzionale e che, sebbene diversi dal divieto di doppio processo, sono a questo strettamente connessi. In particolare, come ha sottolineato la Corte di Cassazione italiana, in tutte le ipotesi in cui un procedimento per i medesimi fatti oggetto della domanda di estradizione è stato già avviato nel Paese detentore ma non si è ancora concluso, la concessione dell'extradizione può risolversi nella violazione del diritto di difesa dell'imputato, del divieto di distrazione dal giudice naturale precostituito per legge e dell'irretrattabilità dell'azione penale<sup>247</sup>; da qui, la necessità di escludere in via generale, con una norma codicistica, la possibilità di concedere l'extradizione.

Non è questa la sede per dilungarsi sulla fondatezza degli argomenti utilizzati dalla Cassazione, invero non del tutto convincenti<sup>248</sup>; ciò che invece preme evidenziare è come, nelle ipotesi di litispendenza internazionale, non solo il margine di apprezzamento in capo allo Stato richiesto finisce per concernere la stessa esistenza del divieto di estradizione, ma lo Stato può essere indotto a negare l'extradizione sulla base di valutazioni tutte interne, in una prospettiva che, ancora una volta, è insieme garantista e nazionalista. In particolare, allorquando la norma pattizia configura il rifiuto di estradizione non come obbligo ma come mera facoltà in capo allo Stato detentore che ha già avviato un processo che non si è ancora concluso, è invero dubbio se la *Partie requise* sia realmente libera da obblighi sul piano internazionale. Com'è stato autorevolmente notato dalla dottrina intrenazionalistica, la facoltà di rifiuto, pur non ponendo obblighi o divieti di tipo tradizionale, delinea pur sempre una regola di condotta ed il comportamento discrezionale dello Stato è riconducibile al prototipo dell'atto dovuto<sup>249</sup>. Non solo, quindi, non si sarebbe di fronte ad un vuoto normativo, ma si potrebbe addirittura ritenere che, anche quando la convenzione attribuisce

---

<sup>247</sup> Com'è noto, nel corso del processo ad Erich Priebke per la strage delle Fosse Ardeatine, la Sezione feriale della Corte di Cassazione ha sollevato eccezione di legittimità costituzionale della l. 30 gennaio 1963 n. 300 (di ratifica ed esecuzione della Convenzione europea di estradizione) a riguardo degli articoli 8 e 9 di detta Convenzione, con riferimento agli artt. 24 comma 2, 25 comma 1 e 112 C. L'ordinanza di rimessione (Cassazione penale, sezione feriale, 13 settembre 1996) è pubblicata in *Dir. pen. e proc.*, 1996, 1235 ss., con nota di P. PISA, *Procedimento penale in corso e richiesta di estradizione per il medesimo fatto*, *ivi*, 1237 ss.

<sup>248</sup> Estremamente critico P. PISA, *Procedimento penale in corso e richiesta di estradizione*, cit., *passim*.

<sup>249</sup> G. DI CHIARA, in nota a *Corte cost.*, sentenza 3 marzo 1997, n. 58, in *Foro it.*, 1997, in particolare 643.

espressamente allo Stato la facoltà di scegliere se accordare o meno l'extradizione, tale facoltà si risolve in un vero e proprio obbligo internazionale a mantenere una facoltà negli ordinamenti interni e, quindi, nell'obbligo di esaminare in buona fede la richiesta di estradizione e di effettuare una ponderazione tra gli interessi punitivi dei due Stati caso per caso<sup>250</sup>.

Ebbene, ciononostante, pare innegabile la tendenza degli Stati a negare l'extradizione anche in siffatte ipotesi<sup>251</sup>. Sul piano tecnico, questa scelta è giustificata con il fatto che la norma pattizia che pone una facoltà di rifiuto “non costituisce e non regola poteri e competenze degli organi interni degli Stati contraenti, ma si limita a prevedere una condizione, verificandosi la quale non sussiste l'obbligo di estradizione”<sup>252</sup>. D'altra parte, non è difficile scorgere, dietro siffatta argomentazione, la perdurante tendenza dello Stato a riconoscere la massima portata applicativa al *ne bis in idem*: come ha affermato anche recentemente la Corte costituzionale italiana, l'implementazione di tale principio, mentre tutela il singolo di fronte alle concorrenti potestà punitive degli Stati, al medesimo tempo risponde ad esigenze dell'ordinamento, anche di pregnanza costituzionale, per cui la concessione dell'extradizione, in siffatti casi, sarebbe di dubbia legittimità costituzionale<sup>253</sup>.

## **2.2. La portata applicativa del *ne bis in idem* estradizionale**

La natura ancipite del *ne bis in idem* estradizionale sembra trovare conferma nel momento in cui l'indagine si sposta dal piano del fondamento del principio a quello della sua portata applicativa. In particolare, anche volendosi ritenere che alla base del principio vi siano essenzialmente ragioni di tutela della persona umana, sembra che, entro certi limiti, le istanze di sovranità facciano premio su quelle di garanzia, determinando i reali profili applicativi dell'istituto e restringendone sensibilmente l'ambito di operatività. Al riguardo, si segnalano due tratti essenziali del *ne bis in idem* estradizionale.

---

<sup>250</sup> In questo senso E. CANNIZZARO, *Sugli effetti interni di convenzioni internazionali di estradizione che pongono facoltà*, in *Giur. cost.*, 1997, 2005 ss.

<sup>251</sup> Cfr., per esempio, l'art. 750.1 c.p.p. italiano,

<sup>252</sup> Corte cost., sentenza 3 marzo 1997, n. 58, in *Foro it.*, 1997, 644.

<sup>253</sup> Cfr. Corte cost. sentenza 3 marzo 1997, cit., 646.

Innanzitutto, gli Stati, quando negano l'extradizione in ragione dell'esistenza di una previa sentenza nazionale sui medesimi fatti, adottano la nozione di "cosa giudicata" vigente in ambito nazionale, subordinando il giudizio sul *petitum* estradizionale agli stessi limiti vigenti in materia di *ne bis in idem* processuale. Questo è una conseguenza del fatto che, com'è stato autorevolmente notato, dal punto di vista dello Stato richiesto la mancata concessione dell'extradizione, fondandosi sull'accertamento della "consumazione" della pretesa punitiva su quel fatto, acquista un significato non molto lontano dalla preclusione processuale alla instaurazione di un secondo giudizio *in idem*<sup>254</sup>; è del tutto coerente, quindi, che lo Stato detentore guardi alla richiesta di extradizione da parte di un altro Stato *come se* si trattasse di valutare l'ammissibilità di un secondo giudizio su quel fatto da parte dei propri giudici, subordinando il giudizio sul *petitum* estradizionale alle norme nazionali in materia di efficacia preclusiva del giudicato penale<sup>255</sup>.

Dall'altra parte, e si viene così al secondo profilo applicativo del *ne bis in idem* estradizionale, proprio perché il diniego dell'extradizione si fonda sulla consumazione della pretesa punitiva nazionale ed è riferito ad una valutazione prettamente interna compiuta dallo Stato richiesto, è naturale che si venga a creare una sorta di frattura tra l'*exceptio rei judicatae* fatta valere da quest'ultimo e la autonome valutazioni compiute dagli altri Stati. Da qui, un duplice ordine di conseguenze. Da un lato, è evidente che, dati i presupposti, il *ne bis in idem* estradizionale, anche se ricondotto in una struttura pattizia, non è in grado di sortire effetti impeditivi delle attività processuali dello Stato richiedente<sup>256</sup>; dall'altro, poiché il principio si rivolge allo Stato detentore sul presupposto che questo sia anche lo Stato che ha già giudicato su quei fatti, ne discende che lo Stato detentore sia in linea di principio indifferente all'eventualità di un doppio giudizio quando la prima sentenza sia stata pronunciata in un Paese terzo o, addirittura, nello Stato richiedente, per cui, in queste ipotesi, procederà alla consegna. Si palesa qui, ancora una volta, quella "unilateralità" della disciplina dell'extradizione cui prima facevamo riferimento: sullo Stato detentore incombe

---

<sup>254</sup> G. DE FRANCESCO, voce *Estradizione*, in *Noviss. dig. it. Appendice*, 1982, 570.

<sup>255</sup> G. DE FRANCESCO, *Il concetto di "fatto" nella previsione bilaterale e nel principio del "ne bis in idem" in materia di estradizione*, in *Ind. pen.*, 1981, 650.

<sup>256</sup> Analog., N. GALANTINI, *Il principio del "ne bis in idem"*, cit., 171.

solo il divieto di non estradare quando ha giudicato in via definitiva sui fatti oggetto della domanda e niente più gli viene domandato; esso, in altre parole, non ha l'obbligo di evitare comunque un eventuale *bis in idem* e, solo in via indiretta, è garante dei diritti dei singoli a non essere processati due volte per un identico fatto<sup>257</sup>.

Questo stato di cose, del resto, trova conferma in numerosi trattati in materia di estradizione e, segnatamente, nella Convenzione europea del 1957<sup>258</sup>, dove emerge chiaramente come le pronunce giudiziarie a base del *ne bis in idem* estradizionale sono in ogni caso da riferirsi esclusivamente allo Stato richiesto<sup>259</sup>. Ed infatti, stante il disposto dell'art. 9, comma 1, Conv. eur. estr., ai sensi del quale "l'extradizione non sarà accordata quando la persona richiesta sia stata giudicata in forma definitiva dalle autorità competenti della Parte richiesta per il fatto od i fatti per i quali l'extradizione è domandata", non solo si esclude qualsiasi effetto preclusivo ai giudicati provenienti da Stati estranei al rapporto estradizionale – segno che l'extradizione continua ad essere vista essenzialmente come un "rapporto a due"<sup>260</sup> –, ma si nega addirittura che il giudicato del Paese richiedente possa essere elevato a fondamento del diniego di estradizione da parte dello Stato richiesto.

Per quanto riguarda la prima problematica sollevata dalla Convenzione, la circostanza che siano escluse dall'ambito applicativo del *ne bis in idem* le sentenze definitive emesse da autorità giudiziarie di Stati terzi alla singola vicenda estradizionale, è stata oggetto di numerose critiche; così, mentre alcuni sono giunti a sostenere che questa lacuna è il segno del fatto che "*en réalité, le législateur semble plutôt appliquer la règle bis in idem*"<sup>261</sup>, altri hanno

---

<sup>257</sup> Analoghe considerazioni sono espresse da N. GALANTINI, *Il principio del "ne bis in idem"*, cit., 186 ss.

<sup>258</sup> La Convenzione europea di estradizione è stata firmata dall'Italia il 13 dicembre 1957 e ratificata con l. 30 gennaio 1963, n. 300.

<sup>259</sup> N. GALANTINI, *Il principio del "ne bis in idem"*, cit., 173.

<sup>260</sup> Questa conclusione, a nostro avviso, non è inficiata dalla constatazione che nell'attuale prassi internazionale l'extradizione non consiste necessariamente in un rapporto di collaborazione tra lo Stato del *locus commissi delicti* e lo Stato di rifugio, ma, sempre più spesso, si registra "l'attuazione di operazioni estradizionali anche quando il reato sia stato commesso in uno Stato terzo diverso da quello che propone la richiesta e nello stesso stato richiesto" (così E. AMODIO- O. DOMINIONI, *L'extradizione e il problema*, cit., 368).

<sup>261</sup> Così W. DUK, *Principes fondamentaux de la Convention européenne d'extradition*, in *Aspects juridiques de l'extradition entre Etats européens*, Strasbourg, 1969, 46.

evidenziato che sarebbe stato doveroso, da parte dei redattori della Convenzione, prevedere quantomeno la facoltà, in capo allo Stato detentore, di rifiutare l'extradizione in siffatte ipotesi<sup>262</sup>. A nostro avviso, tuttavia, nonostante queste critiche colgano nel segno nella parte in cui sottolineano la scarsa portata garantista dell'art. 9 Conv. eur. estr., dall'altra parte, non sembrano tenere nella dovuta considerazione la circostanza che il *ne bis in idem* estradizionale opera esclusivamente nei confronti dello Stato detentore, sul necessario presupposto che esso abbia consumato l'azione penale. La mancata attribuzione di efficacia "impeditiva" alle sentenze provenienti da Paesi diversi da quello che di rifugio, più che una lacuna, sembra pertanto costituire la naturale conseguenza della *ratio* del principio e della concezione del diritto internazionale di cui esso è espressione<sup>263</sup>.

Al riguardo, merita comunque notare che, al fine di evitare una costante reiterazione dei processi, diversi Stati hanno apposto riserve all'art. 9 della Convenzione, con le quali si è affermata la volontà di attribuire efficacia al *ne bis in idem* anche in presenza di sentenze emesse in Stati terzi al rapporto estradizionale<sup>264</sup>. Inoltre, lo stesso articolo 9 della Convenzione è stato oggetto di un importante emendamento ad opera delle disposizioni contenute nel Primo Protocollo Addizionale alla Convenzione stessa<sup>265</sup>; nel dichiarato intento di "rafforzare la protezione della collettività umana e degli individui"<sup>266</sup>, l'art. 2 del predetto Protocollo ha infatti ampliato la portata applicativa del *ne bis in idem* estradizionale, attribuendo, a certe condizioni, efficacia preclusiva

<sup>262</sup> N. GALANTINI, *Il principio del "ne bis in idem"*, cit., 174.

<sup>263</sup> Su cui, si v. *infra*, para 5.

<sup>264</sup> Si v. le riserve a suo tempo formulate da Danimarca, Irlanda, Olanda e Svizzera, tendenti a rivendicare l'applicazione del *ne bis in idem* estradizionale anche laddove il primo giudizio abbia avuto luogo in uno Stato terzo; particolarmente chiara la riserva danese, dove si afferma che "L'extradition peut être refusée si les autorités compétentes d'un Etat tiers ont définitivement condamné ou acquitté l'individu du délit faisant objet de la demande d'extradition ou si les autorités compétentes d'un Etat tiers ont décidé de ne pas tenter de poursuite ou de cesser la poursuite en ce qui concerne le même délit". I testi integrali delle riserve si possono leggere in M. R. MARCHETTI (a cura di), *La Convenzione europea di estradizione*, Milano, 1990, 141 ss.; sul punto, *amplius*, N. GALANTINI, *Il principio del "ne bis in idem"*, cit., 175.

<sup>265</sup> Tale protocollo, aperto alla firma il 15 ottobre 1975, è entrato in vigore il 20 agosto 1979; tale Protocollo, tuttavia, non è in vigore per l'Italia, che non compare ancora tra gli Stati firmatari. Il testo del Protocollo, nelle versioni inglese e francese può essere letto in M. R. MARCHETTI (a cura di), *La Convenzione europea di estradizione*, cit., 38-39, unitamente ad una traduzione non ufficiale dello stesso (*ivi*, 121).

<sup>266</sup> "To strengthening the protection of humanity and of individuals", così il *Preambolo* al Protocollo.

dell'extradizione alle sentenze definitive – purché non contumaciali – pronunciate in uno Stato terzo al rapporto estradizionale, se questo è parte della Convenzione<sup>267</sup>. In ogni caso, nonostante i lodevoli intenti, la portata innovativa di questa disposizione pare scarsa: non solo, infatti, questa norma è soggetta a molte eccezioni<sup>268</sup>, non tutte invero ragionevoli, ma, soprattutto, rimane fermo il principio che l'efficacia impeditiva della sentenza straniera è riconosciuta a condizione che questa sia stata pronunciata in uno Stato parte della Convenzione, quando, invece, l'adozione di una logica realmente garantista avrebbe condotto ad estendere la portata del *ne bis in idem* a tutte le ipotesi di previo giudicato, a prescindere dal fatto che lo Stato che si è pronunciato per primo fosse o meno parte della Convenzione medesima<sup>269</sup>; senza contare, poi, che il Protocollo risulta attualmente in vigore per la metà degli Stati aderenti alla Convenzione, tra cui, fra le altre cose, non figura neppure l'Italia.

Per quanto riguarda la seconda problematica sollevata dalla Convenzione, vale a dire che l'esistenza di una *res judicata* nello Stato richiedente, concernente i medesimi fatti oggetto del *petitum* estradizionale, non esclude l'obbligatorietà della consegna in capo allo Stato detentore, tale limitazione dell'ambito applicativo del *ne bis in idem* è stata motivata con il fatto che ogni Stato membro del Consiglio d'Europa che ha ratificato la Convenzione riconosce a livello interno il principio del divieto di doppio processo per lo stesso reato<sup>270</sup>. La previsione espressa di un divieto di estradizione in queste ipotesi, dunque, sarebbe

---

<sup>267</sup> L'art. 2 del Protocollo (nella traduzione non ufficiale in M. R. MARCHETTI, cit. *supra*, così prevede: "L'extradizione di una persona che è stata oggetto di una sentenza definitiva, per il fatto o per i fatti per i quali la domanda è presentata, in uno Stato terzo, Parte contraente della Convenzione, non sarà concessa: a) quando con tale sentenza la persona è stata assolta; b) quando la pena privativa della libertà o l'altra misura inflitta: i) è stata interamente scontata; ii) è stata oggetto di grazia o di amnistia relativamente alla sua totalità o alla parte non eseguita; c) quando il giudice ha accertato la colpevolezza dell'autore del reato senza pronunciare alcuna sanzione". Cfr. sul punto, le osservazioni di G. DEAN, *Profili di un'indagine*, cit., 61 ss.

<sup>268</sup> Si tratta delle ipotesi previste dall'art. 3 del Protocollo, integranti "casi speciali nei quali lo Stato richiedente ha un particolare interesse a poter avviare un procedimento anche quando sia stata anteriormente pronunciata una sentenza in uno Stato terzo" (così il *Rapporto esplicativo sul Protocollo addizionale alla Convenzione europea di estradizione*, in M.R. MARCHETTI, *La Convenzione*, cit., 329). In particolare, ai sensi dell'art. 3 del Protocollo, "nei casi previsti dal § 2, l'extradizione potrà essere concessa: a) se il fatto che ha dato luogo al giudizio è stato commesso contro una persona, un'istituzione o un bene che ha carattere pubblico nello Stato richiedente; b) se la stessa persona che è stata oggetto di giudizio aveva un carattere pubblico nello Stato richiedente; c) se il fatto che ha dato luogo al giudizio è stato commesso in tutto o in parte nel territorio dello Stato richiedente o in un luogo a questo assimilato".

<sup>269</sup> Cfr. anche G. DEAN, *Profili di un'indagine*, cit., 63.

<sup>270</sup> Cfr. il *Rapport explicatif sur la Convention européenne d'extradition*, cit., 20.



stata inutile, poiché lo Stato richiedente non avrebbe comunque potuto instaurare un secondo giudizio *in eadem rem*. Ebbene, mentre è evidente la scarsa plausibilità di tale giustificazione, poiché lo Stato richiesto non potrà comunque negare l'extradizione anche quando è a conoscenza dell'esistenza di un giudicato con identico oggetto nel Paese richiedente<sup>271</sup>, sembra che, una volta che si è riconosciuta l'efficacia impeditiva dell'extradizione alla sentenza emessa in un Paese estraneo alla singola vicenda estradizionale, lo stesso principio debba applicarsi, *a fortiori*, nelle ipotesi in cui il primo giudizio ha avuto luogo nello Stato richiedente.

### **2.3. Il concetto di “medesimo fatto” presupposto del *ne bis in idem* estradizionale ed i rapporti con la previsione bilaterale del fatto.**

Resta a questo punto da affrontare l'ultima questione relativa all'ambito applicativo del *ne bis in idem* estradizionale, vale a dire la nozione di “medesimi fatti” che ne costituisce il presupposto; ed invero, com'è stato scritto, è questo un “concetto che tutte le norme disciplinanti il *ne bis in idem* estradizionale evocano, ma che nessuna di esse definisce”<sup>272</sup>.

Ebbene, posto che la codificazione del principio nei trattati estradizionali pone la necessità di effettuare un giudizio di comparazione tra il fatto già giudicato con sentenza definitiva ed il fatto per il quale viene domandata l'extradizione, questo problema, come accennavamo, è risolto dallo Stato detentore facendo riferimento alla propria nozione di “cosa giudicata”, per cui il giudice nazionale valuta l'ammissibilità dell'extradizione alla stregua dei medesimi parametri sanciti dal codice di rito in materia di efficacia preclusiva della sentenza nazionale. Che non si tratti di una soluzione obbligata, d'altro canto, è evidente: in teoria, infatti, la nozione di “medesimi fatti” presupposto del *ne bis in idem* estradizionale ben avrebbe potuto essere fatta oggetto di una specifica previsione nello stesso trattato, che, quindi, avrebbe una volta per tutte individuato i parametri alla stregua dei quali effettuare siffatto giudizio di comparazione<sup>273</sup>. Sennonché, come detto in precedenza, la soluzione di rimettere allo Stato richiesto la

---

<sup>271</sup> Cfr. sul punto, più ampiamente, N. GALANTINI, *Il principio del “ne bis in idem”*, cit., 173.

<sup>272</sup> G. DEAN, *Profili di un'indagine*, cit., 68.

<sup>273</sup> Analog., G. DE FRANCESCO, *Il concetto di “fatto” nella previsione bilaterale*, cit., 650.

determinazione della nozione di “*idem*”, pare non solo assolutamente costante nella prassi internazionale, ma anche perfettamente in linea con il fondamento del principio e, in particolare, con il fatto che esso opera sul necessario presupposto della consumazione dell’azione penale da parte dello Stato detentore.

Se dunque nessun problema teorico si pone riguardo al fatto che i limiti dell’efficacia “impeditiva” della prima sentenza sono stabiliti dallo stesso Stato cui spetta decidere dell’ammissibilità dell’extradizione – per cui il giudice si comporterà *come se* si trattasse di valutare della ammissibilità di un nuovo giudizio *in idem* da parte delle Corti nazionali – i maggiori problemi sorgono nel momento in cui si pone mente al fatto che, per effettuare siffatta operazione, il giudice nazionale deve necessariamente comportarsi “*come se il fatto per cui viene richiesta l’extradizione fosse previsto nel proprio ordinamento*”<sup>274</sup>. In altre parole, dei due giudizi ipotetici è il secondo quello che pone le maggiori difficoltà, poiché nessuna finzione può cancellare la circostanza che, delle due fattispecie incriminatrici *sub iudice*, solo una – quella a base del primo giudizio – appartiene all’ordinamento che decide dell’extradizione, mentre l’altra è necessariamente “eteroconnotata”<sup>275</sup>, appartenendo ad un *diverso* ordinamento giuridico. È questo, notoriamente, un tradizionale problema connesso all’operatività del *ne bis in idem* nei rapporti tra Stati diversi; nondimeno, questa problematica assume qualche peculiarità in materia di estradizione.

In primo luogo, com’è stato notato, delle due “fattispecie giudiziali” a confronto, solo una “possiede una fisionomia compiuta, immutabile, comunque non più soggetta alle dinamiche dell’accertamento giudiziario, mentre l’altra, ancorché cristallizzata nella richiesta di consegna dell’estradando, potrebbe con il tempo [...] arricchirsi di nuovi connotati ovvero perdere quelli preesistenti, magari assumendo sembianze completamente diverse da quelle su cui si è esercitato l’originario *iudicium comparationis*”<sup>276</sup>. Al riguardo, a parte l’ovvio rilievo che un problema del genere si pone esclusivamente nelle ipotesi di estradizione “processuale”, merita comunque notare che un sicuro argine alla “trasfigurazione” della fattispecie estera è offerto dal principio di specialità

---

<sup>274</sup> G. DE FRANCESCO, *Il concetto di “fatto”*, cit., 651.

<sup>275</sup> Così, efficacemente, G. DEAN, *Profili di un’indagine*, cit., 68 s.

<sup>276</sup> G. DEAN, *Profili di un’indagine*, cit., 69.

comunque vigente in materia di estradizione, a meno che l'operatività di quest'ultimo principio non sia esclusa dal *consentement* dello Stato richiesto alla sua violazione<sup>277</sup>.

In secondo luogo, del tutto peculiari sono i rapporti intercorrenti tra la nozione di "cosa giudicata" stabilita dal codice di procedura penale e l'oggetto del giudizio di comparazione che il giudice che decide dell'ammissibilità dell'extradizione deve compiere. Più precisamente, posto che il giudice nazionale, nel valutare i limiti preclusivi del giudicato interno ai fini della concessione dell'extradizione, compie un giudizio d'identità avente come *oggetto* due *fatti qualificati* – quello oggetto della sentenza definitiva nazionale e quello oggetto della domanda di estradizione – e come *parametro* le regole nazionali in tema di *ne bis in idem* processuale, sembra che la rilevanza da queste ultime attribuita alla dimensione normativa o storico-naturalistica dell'illecito abbia relevantissime conseguenze sul tipo di procedimento logico che il giudice deve compiere e, in ultima analisi, sulla plausibilità delle conclusioni cui egli perviene in forza di una valutazione che è necessariamente parziale, in forza del fatto che una delle due fattispecie appartiene ad un diverso ordinamento giuridico.

Ed invero, se in materia di efficacia preclusiva del giudicato, l'ordinamento attribuisce rilevanza dirimente al *fatto storico* realizzato, il giudice che decide dell'ammissibilità dell'extradizione dovrà porre a confronto il fatto storico oggetto del primo giudizio ed il fatto storico posto a fondamento della domanda di estradizione. Sennonché, riguardo a quest'ultimo, è evidente che il giudice nazionale potrà fare riferimento esclusivamente agli elementi storico-naturalistici che lo Stato richiedente ha indicato nella domanda di estradizione in quanto rilevanti ai fini dell'integrazione della fattispecie incriminatrice estera, nonostante sia palese che questi elementi non sono necessariamente i medesimi che rilevano ai fini della sussunzione del fatto nella norma incriminatrice nazionale; nonostante ciò, il giudice è comunque costretto ad operare *come se* la descrizione dei due fatti storici fosse integrale e dunque condotta alla stregua delle sole norme nazionali. Di converso, se la preclusione processuale in ambito nazionale è ancorata alla

---

<sup>277</sup> Cfr. per esempio l'art. 14.1. lett. a) Conv. eur. estr.; in generale, sui rapporti tra principio di specialità e *ne bis in idem* estradizionale, si v., per tutti, N. GALANTINI, *Il principio del "ne bis in idem"*, cit., 183 ss.

qualificazione giuridica del fatto, il giudice sarà chiamato a confrontare la fattispecie a base del primo giudizio (nazionale) con quella posta a base della domanda di estradizione, al fine di valutarne l'identità; ma in siffatta operazione, egli si comporterà utilizzando i consueti criteri utilizzati per decidere sul concorso di norme e, quindi, *come se* esistesse nella legge penale nazionale una fattispecie incriminatrice identica a quella in forza del quale lo Stato richiedente domanda l'extradizione.

Ebbene, poiché tale stato di cose è una conseguenza ineliminabile del fatto che il giudice che decide dell'ammissibilità dell'extradizione utilizza come parametro del giudizio la nozione di *res judicata* stabilita dal codice di rito ad altri fini – e segnatamente per disciplinare il divieto di doppio processo in ambito esclusivamente nazionale – la soluzione della complessa problematica è, per così dire, “a rime obbligate”. O gli Stati si accordano per stabilire una nozione comune di “medesimi fatti” da adottare ai fini dell'applicazione del *ne bis in idem* estradizionale, abbandonando la tradizionale unilateralità della disciplina dell'extradizione e, così facendo, allontanandosi dalle ragioni più profonde del principio; oppure la questione resta di pertinenza del Paese detentore, che non sembra avere altra valida alternativa all'utilizzo delle norme nazionali che disciplinano il divieto di doppio processo. Da un lato, infatti, tale parametro è quello maggiormente in linea con la *ratio* del principio e con la circostanza che questo opera sul presupposto della consumazione dell'azione penale da parte dello Stato di rifugio; dall'altro lato, sembra che anche qualora lo Stato richiesto elaborasse una nozione *ad hoc* di “medesimi fatti” da utilizzarsi ai fini dell'applicazione del *ne bis in idem* estradizionale, i problemi prima evidenziati non troverebbero comunque una soluzione, trovando la propria origine nella discrasia tra l'origine comunque “nazionale” del parametro del giudizio e la natura “estera” di una delle fattispecie rilevanti nel caso di specie.

D'altro canto, a ridimensionare notevolmente l'urgenza della questione intervengono due fattori a nostro avviso decisivi. In primo luogo, la maggioranza degli Stati adotta, in materia di efficacia preclusiva del giudicato interno, una nozione storico-naturalistica di “*idem*” e questo fa sì che la garanzia dell'estradando assuma la massima ampiezza possibile: l'unilateralità della

disciplina dell'extradizione, nonostante gli inconvenienti pratici prima evidenziati, si accompagna dunque, nella maggioranza dei casi, ad una più efficace tutela dei diritti dell'individuo. In secondo luogo, sembra che ogni volta che la fattispecie estera si caratterizza per elementi costitutivi diversi ed ulteriori da quella nazionale, l'extradizione verrà il più delle volte negata in forza del limite della previsione bilaterale del fatto: il giudice nazionale, proprio nei casi in cui è più complesso il giudizio circa l'identità del fatto oggetto del primo processo e della domanda di estradizione, potrà negare la consegna in forza del diverso principio della duplice incriminazione ed i problemi prima evidenziati assumeranno una rilevanza esclusivamente teorica.

Quest'ultima notazione consente di affrontare l'ultimo problema sollevato dal *ne bis in idem* estradizionale vale a dire se, ai fini dell'applicazione del principio in parola, il confronto tra il fatto oggetto della sentenza nazionale ed il fatto oggetto della domanda di estradizione risulti o meno condizionato dal modo di atteggiarsi del requisito della previsione bilaterale<sup>278</sup>. In particolare, si tratta di accertare se il giudizio concernente la previsione bilaterale del fatto è necessariamente preliminare ed assorbente rispetto a quello concernente il *ne bis in idem* estradizionale, oppure se vi possono essere delle ipotesi in cui lo Stato detentore, pur non potendo concedere l'extradizione per assenza della previsione bilaterale nega tuttavia l'extradizione in forza del precedente giudicato interno. Orbene, la soluzione del problema varia sensibilmente a seconda che si ritenga che il giudizio concernente la previsione bilaterale del fatto vada condotto sulla scorta di criteri naturalistici o normativi.

Secondo una prima concezione, com'è noto, ai fini della previsione bilaterale è sufficiente che il *fatto concreto* sia sussumibile entro entrambe le fattispecie incriminatrici – quella estera e quella nazionale – che vengono in gioco<sup>279</sup>. Ne deriva che, ogni volta che mancano i presupposti della previsione bilaterale è esclusa in radice anche la possibilità di un *bis in idem*: poiché quel fatto storico è del tutto irrilevante ai sensi della legislazione penale dello Stato di rifugio un processo su quei fatti non poteva in nessun caso essere instaurato in quel Paese. In

---

<sup>278</sup> G. DE FRANCESCO, *Il concetto di "fatto"*, cit., 624 ss.

<sup>279</sup> In questo senso, P. PISA, *Previsione bilaterale del fatto*, cit., in particolare 48 s., con ampi richiami alla dottrina italiana e straniera.

questa prima prospettiva, quindi, l'accertamento della previsione bilaterale non solo è necessariamente preliminare rispetto al *ne bis in idem* estradizionale, ma la nozione di "fatto" in materia di *ne bis in idem* viene a coincidere con quella accolta in tema di previsione bilaterale, con la conseguenza che l'effetto impeditivo dell'estradizione può trarre origine *in via alternativa* dall'assenza della duplice incriminazione o dall'esistenza di una pronuncia irrevocabile nello Stato richiesto avente ad oggetto i medesimi fatti oggetto della domanda di estradizione.

Le cose cambiano notevolmente se si ritiene che il requisito della duplice incriminazione sia soddisfatto solo se "il fatto costituisce reato nello stato detentore *in virtù di quei medesimi elementi che integrano una fattispecie penale nello Stato che domanda l'estradizione*"<sup>280</sup>, per cui lo Stato richiesto potrà accordare l'estradizione solamente se la fattispecie rilevante nel proprio ordinamento è generale rispetto a quella prevista dalla legislazione dello Stato richiedente e posta a base della domanda. Muovendo da questi presupposti, non pare si possa escludere a priori la possibilità per lo Stato richiesto di eccepire l'esistenza della "cosa giudicata" *nonostante* l'assenza della duplice previsione bilaterale del fatto<sup>281</sup>. Ed invero, una volta che un giudice nazionale si è pronunciato sul fatto corrispondente alla figura di reato più ricca di elementi costitutivi, questo primo giudizio può precludere, in forza del *ne bis in idem* ed a prescindere dall'assenza della previsione bilaterale, l'estradizione per i medesimi fatti oggetto della sentenza nazionale, seppure diversamente qualificati alla stregua della fattispecie generale prevista nell'ordinamento richiedente.

Quest'ultima prospettiva teorica, ancorché assolutamente minoritaria in dottrina, pare preferibile per un duplice ordine di ragioni. In primo luogo, essa, ancorando il giudizio sulla previsione bilaterale del fatto a criteri normativi, è maggiormente rispettosa delle esigenze sottese al requisito in parola; in particolare, poiché la *ratio* della duplice incriminazione va ravvisata essenzialmente nel principio di sovranità nazionale<sup>282</sup> e, in via mediata, in ragioni

---

<sup>280</sup> G. DE FRANCESCO, *Il concetto di "fatto"*, cit., 634 (corsivi nell'originale).

<sup>281</sup> Nello stesso senso, G. DE FRANCESCO, *op. ult. cit.*, 651, secondo il quale è possibile che "pur mancando i requisiti per poter affermare la sussistenza della duplice previsione, possano concepirsi casi in cui opera viceversa il divieto del *bis in idem*".

<sup>282</sup> Sulla riconducibilità della previsione bilaterale del fatto al principio di sovranità, si v., per tutti, P. PISA, *Previsione bilaterale del fatto*, cit., in particolare 147 ss. L'A. (*op. cit.*, 157) sottolinea

di tutela dell'extradando, che trovano espressione nel rifiuto, da parte dell'ordinamento, di fornire la propria collaborazione ad un altro Stato di cui non condivida le scelte repressive<sup>283</sup>, pare del tutto conseguente che il giudizio si appunti sulla qualificazione giuridica del fatto da parte dello Stato richiedente. In secondo luogo, questa posizione dottrinale ha il merito di mettere in evidenza come la nozione di “fatto” del quale occorre accertare la previsione bilaterale si colloca su un piano differente rispetto a quella accolta in tema di *ne bis in idem*. Ed invero, mentre in tema di *ne bis in idem* il giudice è chiamato ad accertare l'identità del fatto, in un'ottica di tutela dei diritti fondamentali dell'extradando, nel caso della previsione bilaterale tale problema non si pone: il fatto non è né identico né diverso, ma è uno soltanto, vale a dire quello storicamente realizzato dalla persona in questione; ciò che interessa allo Stato richiesto è che esso sia punibile anche ai sensi della legge nazionale e ad assumere rilevanza dirimente è il raffronto tra le norme incriminatrici dei due Stati, mentre il fatto concretamente realizzato costituisce solo l'appiglio per effettuare tale valutazione.

Nonostante ciò, questa stessa dottrina non sembra del tutto condivisibile nel momento in cui afferma che il problema dei rapporti tra i due principi ha natura non solo teorica, ma anche pratica, poiché “non è da escludere che, come si auspica del resto da più parti, a tale diniego [dell'extradizione in forza del *ne bis in idem*] si possa in futuro ‘abbinare’ l'ulteriore effetto di precludere l'instaurabilità

---

come “subordinare la concessione dell'extradizione alla circostanza che il fatto attribuito al soggetto da estradare integri gli estremi di un reato, ai sensi della legge dello Stato che decide sulla domanda, ha un preciso significato politico: rappresenta un'affermazione della superiorità del sistema giuridico-penale di detto stato, elevandolo a parametro universale di criminalità [...] In altri termini, si assoggetta l'ordinamento penale straniero ad un *controllo di razionalità*, che non si limita (come forse sarebbe comprensibile e sufficiente) al settore dei delitti politici, ma investe qualunque ipotesi di reato”.

<sup>283</sup> In questo senso, F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 176. In senso parzialmente difforme, si v. A. VALLINI, *Il superamento della clausola della “previsione bilaterale del fatto” nell'extradizione per i reati di criminalità organizzata: obsolescenza o regresso antigarantistico?*, in AA.VV., *La criminalità organizzata tra esperienze normative e prospettive di collaborazione internazionale*, a cura di G. DE FRANCESCO, Torino, 2001, 117 ss.; l'A. ravvisa la *ratio* del requisito in parola nel rispetto del principio di eguaglianza e, in particolare, nell'esigenza “di evitare che gli attriti scaturenti dalla mancata coordinazione di ordinamenti nazionali vadano a scapito di un armonico ed equanime trattamento di situazioni individuali analoghe” (la citazione è tratta da p. 125). In una prospettiva ancora diversa, volta a sottolineare la *ratio* di garanzia individuale del principio della duplice previsione, sotto il profilo della funzione di orientamento del comportamento dei destinatari che la norma riveste, A. DI MARTINO, *La frontiera e il diritto penale*, cit., 140 s.

di un procedimento penale nello stato richiedente”<sup>284</sup>. Per questa via, infatti, si rischia di incorrere in un duplice errore prospettico. Da una parte, si finisce per mettere sullo stesso piano il principio del *ne bis in idem* estradizionale e l’omonimo principio internazionale, senza considerare che la preclusione processuale in cui consiste il secondo difficilmente tollera quella unilateralità di disciplina che accompagna il diniego di estradizione e che è all’origine dei problemi adesso evidenziati. Dall’altra, nonostante l’acutezza dell’analisi teorica, sembra comunque innegabile che il giudizio sulla previsione bilaterale del fatto abbia un carattere *sostanzialmente* assorbente rispetto a quello sul *ne bis in idem*, per cui il giudice nazionale una volta accertata l’assenza di questo requisito non si porrà neppure un problema di doppio giudizio. In altre parole, a nostro avviso, il problema è e rimane schiettamente teorico, privo di rilevanti conseguenze sul piano pratico-applicativo. Ed infatti, una volta ammessa, in via astratta, la configurabilità di ipotesi in cui sussistono i presupposti applicativi del *ne bis in idem* estradizionale pur mancando la duplice incriminazione del fatto, ciò non toglie che quest’ultimo rimanga un requisito quasi “esistenziale” dell’extradizione, per cui è fisiologico che le esigenze di garanzia del singolo siano comunque oggetto di un giudizio “in seconda battuta”.

### **3. Il *ne bis in idem* c.d. esecutivo o principio di compensazione**

Venendo adesso all’analisi del “*ne bis in idem* esecutivo” o principio di compensazione, si tratta di quel principio in forza del quale il giudice nazionale, nell’infliggere la pena, deve tener conto di quella già scontata dall’imputato per lo stesso fatto in un altro Stato. Questo meccanismo di “deduzione”, che non tende ad evitare un doppio processo – che anzi è sottinteso – ma ad impedire le conseguenze paradossali ed inique di quest’ultimo sotto il profilo della duplice applicazione di pena per il medesimo reato<sup>285</sup>, non solo è riconosciuto dalla stragrande maggioranza delle legislazioni nazionali<sup>286</sup> e da numerose convenzioni

---

<sup>284</sup> G. DE FRANCESCO, *Il concetto di “fatto”*, cit., 646 s.

<sup>285</sup> Analog. N. GALANTINI, *Il principio del “ne bis in idem”*, cit., 21.

<sup>286</sup> Cfr. C. AMALFITANO, *Dal ne bis in idem internazionale al ne bis in idem europeo*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, 938, che parla di un “principio comune alle legislazioni delle Nazioni civili, che lo affermano anche in relazione a rapporti tra entità statuali diverse”; si v., ad esempio, l’art. 138 del codice penale italiano; l’art. 15 comma 2 della legge belga del 17 aprile 1878, contenente



internazionali<sup>287</sup>, ma, secondo alcuni, costituirebbe oggi un principio generale del diritto internazionale, che come tale si imporrebbe a tutti gli Stati<sup>288</sup>. Posto infatti che sono le stesse legislazioni nazionali a configurare l'operatività del principio dello scomputo della pena non solo in relazione alle sentenze nazionali ma anche in relazione a quelle straniere, laddove si riconosca ai principi generali di diritto riconosciuti dalle Nazioni civili, di cui all'art. 38 dello statuto della Corte internazionale di giustizia, il carattere di principi di diritto internazionale generale, sarebbe possibile ricondurre tra questi anche il *ne bis in idem* esecutivo<sup>289</sup>.

Inoltre, a sostegno della riconducibilità del *ne bis in idem* esecutivo al diritto internazionale generale secondo alcuni militerebbe un secondo ordine di ragioni. Premesso infatti che nella grande maggioranza dei casi le persone che possono subire un secondo processo sono degli stranieri nei riguardi dello Stato in cui si rinnova il giudizio<sup>290</sup>, si è sostenuto che il principio dello scomputo della pena già scontata all'estero deriverebbe da una regola sul trattamento degli stranieri e che il *ne bis in idem* esecutivo configurerebbe pertanto “una concreta applicazione del principio che impone agli Stati il rispetto di uno *standard* minimo nei loro

---

il titolo preliminare del codice di procedura penale; l'art. 10 comma 4 del codice penale olandese; l'art. 10 del codice penale greco.

<sup>287</sup> L'art. 3 della Convenzione tra gli Stati membri delle Comunità europee relativa all'applicazione del principio del *ne bis in idem* (Bruxelles, 25 maggio 1987, in *Riv. dir. inter.*, 1990, 169 s.), stabilisce che “se in uno Stato membro un nuovo procedimento penale è instaurato contro una persona che è stata giudicata con sentenza definitiva per i medesimi fatti in un altro Stato membro, ogni periodo di privazione della libertà scontato in quest'ultimo Stato per quei fatti dovrà essere detratto dalla pena che sarà eventualmente inflitta. Si terrà altresì conto, nella misura consentita dalla legge nazionale, delle pene diverse da quelle privative della libertà che siano state eseguite” Art. 54 della Convenzione europea sulla validità internazionale dei giudizi repressivi del 1970; art. 36 della convenzione europea sulla trasmissione delle procedure repressive del 1972; Convenzione di Schengen.

<sup>288</sup> A favore della configurabilità del *ne bis in idem* esecutivo come principio di diritto internazionale generale, G. GIDEL, *De l'efficacité extraterritoriale des jugements répressifs*, thèse, Paris, 1905, 57, secondo il quale “l'adage *non bis in idem* n'a pas cours en droit International, lorsqu'il s'agit de jugements: il reprend toute sa force lorsqu'il est question de peines. Pour être explicite, il faudrait dire: *non bis poena in idem*”; N. PALAIA, *L'efficacia preclusiva delle sentenze penali straniere*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1969, 735 ss. Più ampiamente sul punto, C. AMALFITANO, *Dal ne bis in idem internazionale*, cit., 937, in particolare nt. 36.

<sup>289</sup> C. AMALFITANO, *Dal ne bis in idem internazionale*, cit., 937.

<sup>290</sup> Come sottolinea N. PALAIA, *L'efficacia preclusiva*, cit., 736: “lo Stato che ha un interesse precipuo a giudicare *ex novo* il reo è di regola quello del *locus commissi delicti* oppure quello che è stato direttamente offeso dall'azione criminosa anche se questa si è svolta in tutto o in parte all'estero; lo Stato che ha operato il primo giudizio è invece sovente lo Stato nazionale del reo”.

confronti”<sup>291</sup>. In questa prospettiva, lo Stato nazionale, indipendentemente dal fatto che esso sia stato l’autore del primo giudizio, potrebbe ritenersi abilitato ad agire in via di protezione diplomatica per ottenere la deduzione della pena già scontata dal cittadino<sup>292</sup>. Nondimeno, se si ritiene che la precedente sentenza straniera funzioni come limite all’esecuzione delle sentenza nazionale solo laddove la persona condannata è uno straniero, riguardo ai propri sudditi lo Stato sarebbe internazionalmente libero di applicare il *ne bis in idem* esecutivo; in questa prospettiva, dunque, la deduzione della pena già scontata all’estero dai propri cittadini sarebbe una conseguenza non di obblighi internazionali quanto invece di “comprensibili ragioni di equità, non volendosi creare nei confronti dei propri cittadini una situazione di svantaggio rispetto agli stranieri”<sup>293</sup>.

Anche se la riconduzione del *ne bis in idem* esecutivo alla protezione internazionale degli stranieri non appare oggi pienamente convincente, questa teoria – ed a maggior ragione quelle che riconducono il divieto di duplice sanzione ad un principio generale del diritto internazionale consuetudinario – ha l’indubbio merito di evidenziare come alla base del principio militino evidenti esigenze di tutela della persona umana. Com’è stato autorevolmente notato alcuni anni orsono, non sembrano infatti esistere dubbi riguardo al fatto che il principio di solidarietà tra gli Stati e il principio di umanità verso l’imputato debbano impedire la doppia espiazione della pena<sup>294</sup>. Premesso dunque che il *ne bis in idem* esecutivo ha il merito di consentire il conseguimento di un livello minimo di tutela in tutti i casi in cui una persona subisce due processi, in Paesi diversi, per il medesimo fatto, si tratta adesso di meglio analizzare le ragioni della indubbia fortuna che il *ne bis in idem* esecutivo ha incontrato nella prassi internazionale; in secondo luogo, oggetto di indagine saranno le modalità applicative del *ne bis in idem* esecutivo.

### 3.1. La *ratio* equitativa di un principio “realista”

---

<sup>291</sup> N. PALAIA, *L’efficacia preclusiva*, cit., 736 s. cui si rimanda per ulteriori precisazioni ed indicazioni bibliografiche in merito ai diritti degli stranieri in base al diritto internazionale generale.

<sup>292</sup> N. PALAIA, *L’efficacia preclusiva*, cit., 737.

<sup>293</sup> N. PALAIA, *L’efficacia preclusiva*, cit., 738.

<sup>294</sup> G. FOSCHINI – G. LEONE, *Effetti internazionali delle sentenze penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, 669.

Come accennato, la *ratio* del principio di compensazione deve essere ravvisata in insopprimibili esigenze di giustizia sostanziale, volte ad evitare che il mancato coordinamento delle potestà punitive nazionali si risolva in un'ingiustificata moltiplicazione delle conseguenze sanzionatorie di un unico fatto criminoso. Sennonché, questo fondamento equitativo non pare del tutto sufficiente a spiegare l'ampio consenso che circonda il principio in esame; altrimenti detto, non si comprendono le ragioni per cui gli Stati, naturalmente restii a rinunciare alle proprie potestà punitive, abbiano acconsentito a vincolarsi al rispetto di tale principio, quando non, addirittura, abbiano autonomamente stabilito la vigenza del *ne bis in idem* esecutivo nelle ipotesi di mancato riconoscimento della sentenza penale straniera, limitando così unilateralmente l'efficacia delle norme penali nazionali che collegano al compimento di un atto criminoso una determinata pena.

Ebbene, la ragione deve a nostro avviso ravvisarsi nel fatto che il principio in parola si segnala per un marcato realismo nella soluzione dei problemi connessi ai conflitti positivi di giurisdizione<sup>295</sup>: esso permette di contemperare esigenze di equità e di giustizia materiale – cui ripugnerebbe la duplice punizione di un soggetto per il medesimo fatto – con le istanze di sovranità dei singoli Stati, che trovano espressione nell'esercizio dell'azione penale e che non vengono messe in discussione dallo scomputo della pena già scontata all'estero<sup>296</sup>. Ed invero, una volta che la garanzia del *ne bis in idem* si sposta dal piano del procedimento a quello dell'esecuzione della pena, l'ordinamento nazionale non ha nulla da temere con riferimento ai limiti della propria giurisdizione penale: non solo questi non sono messi in discussione dal principio in esame, ma l'affermazione della potestà punitiva nazionale ne esce sostanzialmente rafforzata, poiché la deduzione della sanzione già scontata all'estero opera sul necessario presupposto della (seconda) sentenza di condanna emessa dal giudice nazionale<sup>297</sup>. In altre parole, l'ampio consenso che il principio incontra sul piano dogmatico e pratico-applicativo

---

<sup>295</sup> Così D. REBUT, *Les effets des jugements répressifs*, in AA.VV., *Les effets des jugements nationaux dans les autres Etats membres de l'Union européenne*, Bruxelles, 2001, 186: "La prise en compte des sanctions subies par leur déduction de celles prononcées est une mesure particulièrement réaliste de protection du principe *non bis in idem*".

<sup>296</sup> *Analog.*, D. REBUT, *loc. ult. cit.*

<sup>297</sup> Si è perfino sostenuto, specie in passato, che il meccanismo della deduzione della pena significhi in realtà un rifiuto (*Ablehnung*) del *ne bis in idem* (W. HASLER, *Die Wirkung ausländischer Strafurteile im Inland*, Zurigo, 1939, 113).

sembra dovuto più alle sue “reticenze” che al suo immediato contenuto precettivo: esso nulla dice in merito al riconoscimento degli effetti – positivi o negativi – del giudicato estero e quindi non incide sulla spinosa problematica dei limiti della giurisdizione nazionale, limitandosi a riflettere il diverso problema della duplice (integrale) esecuzione di due sentenze di condanna pronunciate in Paesi diversi; d’altro canto, il principio di compensazione, affondando le proprie radici in esigenze di giustizia materiale e di congruità tra risposta sanzionatoria e fatto realizzato, del tutto assimilabili a quelle che stanno alla base del *ne bis in idem* sostanziale negli ordinamenti nazionali, si candida naturalmente a diventare lo strumento privilegiato per rimediare agli effetti iniqui dell’inefficacia del divieto di doppio processo nei rapporti tra ordinamenti diversi. Non stupisce pertanto che alcuni Autori abbiano parlato del *ne bis in idem* esecutivo in termini di “palliativo”<sup>298</sup> o addirittura di *escamotage* cui ricorrere nelle ipotesi in cui non sia stato rispettato il principio del *ne bis in idem* processuale fissato come regola dalle disposizioni pattizie<sup>299</sup>.

### **3.2. Il principio di compensazione come limite alla eseguibilità *in bis* della sentenza**

Quanto detto finora in merito alla *ratio* del *ne bis in idem* esecutivo non è probabilmente sufficiente per affermare che il principio in discorso – spesso anche denominato *Anrechnungsprinzip* – abbia natura ancipite, costituendo uno strumento di garanzia dell’individuo ed *insieme* di tutela, ancorché indiretta, della potestà punitiva nazionale. Tuttavia, la prassi applicativa del principio evidenzia come le stesse pressanti esigenze di tutela della sovranità nazionale che hanno impedito per decenni il riconoscimento del *ne bis in idem* internazionale in senso stretto, abbiano concorso a plasmare anche le fattezze del *ne bis in idem* esecutivo, facendo sì che esso fosse relegato ad una posizione di tendenziale sussidiarietà rispetto al *ne bis in idem* internazionale e che ne venisse così compromessa la naturale forza espansiva che gli deriva dal suo fondamento *lato sensu* equitativo. Il *ne bis in idem* esecutivo sembra infatti costituire una sorta di “fratello minore”

---

<sup>298</sup> A. BARBEY, *De l’application internationale de la règle “Non bis in idem” en matière répressive*, thèse, Lausanne, 1930, 170.

<sup>299</sup> C. AMALFITANO, *Dal ne bis in idem internazionale*, cit., 938 s.

dell'omonimo principio internazionale, derivante anch'esso dall'autorità negativa del giudicato penale e che tuttavia, lungi dal riflettere il problema della procedibilità *in idem*, si limita a risolvere quello della eseguibilità *in bis*<sup>300</sup>: un'autorità dunque "mitigata" della cosa giudicata<sup>301</sup>, ma sempre legata a doppio filo con gli istituti del processo.

Le ragioni di questa parziale amputazione dell'ambito applicativo del principio devono essere individuate nel fatto che la deduzione della pena già scontata opera sul presupposto di una duplice sentenza di condanna da parte di giudici di Stati differenti. Questa circostanza ha fatto sì che le disposizioni che lo prevedono fossero configurate come norme di chiusura, a carattere residuale, destinate ad operare tutte le volte in cui le disposizioni che sanciscono il divieto di doppio processo – tanto a livello nazionale che a livello sopranazionale – non trovano applicazione per motivi attinenti esclusivamente a ragioni di sovranità statale<sup>302</sup>. Più precisamente, il *ne bis in idem* esecutivo, quando è previsto dalle legislazioni penali nazionali, opera sul necessario presupposto del rinnovamento del giudizio e quindi del mancato riconoscimento dell'efficacia preclusiva del giudicato penale estero concernente i medesimi fatti; analogamente, quando è previsto da norme internazionali, esso opera in via del tutto sussidiaria rispetto al *ne bis in idem* internazionale, vale a dire quando uno Stato contraente decide di procedere ad un nuovo giudizio *in idem*, fondando la propria giurisdizione su uno dei criteri che le convenzioni stesse individuano come possibili cause di deroga all'operatività del divieto di doppio processo nei rapporti tra gli Stati parte<sup>303</sup>. In questo modo, il *ne bis in idem* esecutivo finisce per essere subordinato ai

---

<sup>300</sup> Cfr. N. GALANTINI, *Il principio del "ne bis in idem"*, cit., 21 e s.

<sup>301</sup> Di "autorità mitigata" della cosa giudicata parla, richiamandosi alla letteratura tedesca, C. VAN DEN WYNGAERT, *The transformation of International criminal law in response to the challenge of organized crime*, in 70 *Rev. int. dr. pénal*, 1999, 172.

<sup>302</sup> Analog. F. ALICINO, *Il ne bis in idem comunitario e la cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri dell'Unione europea: due facce di una stessa medaglia*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2005, 1516, il quale sottolinea che il *ne bis in idem* esecutivo "assume le caratteristiche di un mero *escamotage* cui far ricorso nel caso in cui non sia stato applicato il principio del *ne bis in idem* processuale, la cui incisività sul riconoscimento dei diritti e delle garanzie individuali è ben maggiore rispetto allo scomputo della pena già subita; soprattutto nelle ipotesi in cui il primo giudizio è stato assolutorio". Inoltre, a giudizio questo Autore, le ipotesi di *ne bis in idem* esecutivo devono "considerarsi come norme di chiusura a carattere residuale, idonee a soddisfare esigenze minime di giustizia per i casi in cui il divieto di rinnovamento del processo, sancito dalla regola generale del *ne bis in idem*, non trovi concreta applicazione".

<sup>303</sup> C. AMALFITANO, *Dal ne bis in idem internazionale*, cit., 939.

medesimi presupposti applicativi che stanno alla base del divieto di doppio processo, con l'unica – e fondamentale – differenza, che quando la preclusione processuale vincola diversi ordinamenti giuridici, la detrazione della pena già scontata avviene se sussistono le condizioni in presenza delle quali gli Stati possono derogare al *ne bis in idem* internazionale.

L'esito ultimo dell'operazione, dunque, è che la tutela di fondamentali esigenze di equità, come quelle sottese al principio di compensazione, viene subordinata alle stesse condizioni elaborate con riferimento alla preclusione processuale, rischiando così di pervenire a risultati paradossali, quando non addirittura profondamente iniqui. Da una parte, infatti, il giudice nazionale dovrà procedere alla detrazione della pena già scontata all'estero ogni volta che i fatti oggetto delle due sentenze costituiscono i “medesimi fatti” ai sensi della norma che afferma l'efficacia negativa del giudicato; e questo anche quando la norma che prevede la preclusione processuale accoglie una nozione estremamente ampia di *idem*, cui potrebbero non corrispondere identiche esigenze di giustizia sostanziale. Dall'altra, e di converso, ogni volta che non sussistono i presupposti applicativi del *ne bis in idem* internazionale, il giudice dovrà applicare per intero la pena comminata nella sentenza, senza poter prendere in considerazione quelle circostanze che stanno alla base del *ne bis in idem* sostanziale e che giustificerebbero invero uno sconto della pena. Questo stato di cose non sembra costituire una conseguenza ineluttabile dell'accoglimento del principio di compensazione nei rapporti tra gli Stati, quanto invece il frutto di una ben determinata concezione del *ne bis in idem* esecutivo: quella di un principio volto a garantire, in via mediata, l'esercizio del potere punitivo statale e dunque concernente esclusivamente la “eseguibilità *in bis*” della sentenza, anziché, come parrebbe più in linea con il suo fondamento, come principio in forza del quale *non bis poena in idem*<sup>304</sup>.

#### **4. Il *ne bis in idem* internazionale**

Come accennato nelle pagine di apertura di questo capitolo, con la locuzione *ne bis in idem* internazionale si è soliti fare riferimento al principio in forza del

---

<sup>304</sup> In questo senso, G. GIDEL, *De l'efficacité extraterritoriale des jugements répressifs*, cit., 57.

quale una persona che sia stata giudicata con sentenza definitiva in uno Stato non può essere sottoposta a procedimento penale per i medesimi fatti in un *diverso* Stato.

Questo principio può essere innanzitutto sancito dalle stesse legislazioni statuali, venendo a configurare così un divieto di rinnovamento del giudizio estero in capo al giudice nazionale. Nonostante l'esperienza storica e comparatistica conosca norme di questo tipo, ad esempio quella contenuta nell'art. 68 del codice penale olandese, è noto come la stragrande maggioranza degli ordinamenti nazionali non attribuisca efficacia preclusiva al giudicato estero e che comunque, nelle rare ipotesi in cui questo avviene, l'ambito applicativo della preclusione processuale è così ridotto da risultare quasi inesistente. Il più delle volte, infatti, alle sentenze straniere è riconosciuta efficacia impeditiva a condizione che i fatti oggetto del primo processo siano stati commessi all'estero; altre volte, la valenza preclusiva della *res judicata* estera è sensibilmente più ristretta di quella attribuita al giudicato interno, poiché il divieto di rinnovamento del giudizio opera sul presupposto della identità delle norme giuridiche violate anziché, come avviene invece solitamente in materia di *ne bis in idem* processuale "interno", in presenza di fatti identici sotto il profilo storico-naturalistico<sup>305</sup>.

Date queste premesse, non pare del tutto errato denominare *ne bis in idem* internazionale *solamente* il divieto di duplicazione dei giudizi contenuto in una norma internazionale; un divieto dunque tutto internazionale, tanto nella sua efficacia – poiché operante nei rapporti tra gli Stati – che nella sua fonte giuridica, da rinvenirsi infatti nello stesso ordinamento internazionale. Questa soluzione terminologica pare preferibile, tra l'altro, perché consente di evidenziare come solamente il *ne bis in idem* sancito da una fonte sovranazionale sia capace di vincolare gli Stati nei loro reciproci rapporti e di attribuire al singolo individuo un

---

<sup>305</sup> Sul punto N. GALANTINI, *Il principio del "ne bis in idem"*, cit., 2 s. Si v. ad esempio la legislazione belga in materia di *ne bis in idem*: mentre per quanto concerne il giudicato interno l'art. 360 del codice di procedura penale sancisce che "L'accusé acquitté par une cour d'assises ne pourra plus être poursuivi pour les mêmes faits, quelle que soit la qualification juridique attribuée à ceux-ci", con riferimento alle sentenze estere l'efficacia del *ne bis in idem* è subordinata all'esistenza della medesima *qualificazione giuridica* del fatto storico (cfr. l'art. 13 del Titolo Preliminare del codice di procedura penale belga). Cfr. anche C. VAN DEN WYNGAERT-G. STESSENS, *The international non bis in idem principle: resolving some of the unanswered questions*, in *ICLQ*, vol. 48, 1999, 789 s.; T. VANDER BEKEN, G. VERMEULEN e T. ONGENA, *Concurrent National and International Criminal Jurisdiction and the Principle "ne bis in idem"*, in *Rev. int. dr. pén.*, 2002, 818 s.

diritto che potrebbe essere definito fondamentale; di contro, quando è previsto da una fonte interna, il medesimo principio vincola esclusivamente il giudice nazionale, non dispiegando alcuna efficacia in altri ordinamenti. Quanto alle disposizioni nazionali che sanciscono l'efficacia preclusiva del giudicato estero, queste possono essere al più considerate applicazioni del *ne bis in idem* internazionale in senso stretto, volte ad impedire il rinnovamento del giudizio estero da parte dei giudici nazionali.

Così delimitato il campo d'indagine, appare immediatamente evidente come il principio in discorso, operando nei confronti di una *pluralità* di Stati e configurandosi così come diritto fondamentale dell'individuo capace di vanificare le pretese punitive statali pure astrattamente previste da norme nazionali, si caratterizzi per un'irrimediabile ambiguità. Esso assolve infatti ad una duplice funzione: da un lato, costituisce uno strumento di *garanzia individuale* volto ad evitare che la concorrenza di molteplici giurisdizioni nazionali su di un fatto si risolva in un ingiustificato accanimento punitivo nei confronti del singolo<sup>306</sup>; dall'altro, impedendo l'esercizio della potestà punitiva nazionale dopo che un giudice di un *altro* Stato ha pronunciato una sentenza definitiva, rappresenta un criterio di risoluzione dei *conflitti positivi di giurisdizione tra gli Stati*, determinando una limitazione della potestà punitiva dello Stato e, con questa, della stessa sovranità nazionale. Altrimenti detto: la norma internazionale che sancisce il divieto di doppio giudizio, mentre conferisce alla persona un diritto che può essere fatto valere nei confronti della collettività degli Stati, nello stesso tempo vincola questi ultimi nei loro reciproci rapporti, resolvendo *ex post* quei conflitti di giurisdizione che gli Stati non sono riusciti a prevenire o a risolvere altrimenti.

Alla base della strutturale ambivalenza del principio sembra esserci la tensione, mai sopita, tra la logica dei diritti dell'uomo, che si impongono *erga*

---

<sup>306</sup> Già dalla fine dell'Ottocento numerosi Autori evidenziavano come imprescindibili esigenze di giustizia militano a favore del riconoscimento del *ne bis in idem* internazionale. Si v., per esempio, quanto sostenuto da F. HELIE nel suo *Traité de l'instruction criminelle*, Paris, 1866, II, 656: "la maxime (ne bis in idem) appartient au droit universel des nations ; le principe de justice qui l'a fondée, a la même puissance à l'égard de tous les jugements qui ont été rendus sur le même fait, soit qu'ils émanent de juges étrangers ou nationaux" ; analog. H. DONNEDIEU DE VABRES, *Les principes modernes du droit pénal international*, Paris, 1928, 311: "la règle non bis in idem [...] est à consacrer comme principe de droit commun incontestable".



*omnes* e non incontrano barriere nazionali alla loro efficacia<sup>307</sup>, e quella del diritto penale, da sempre prepotentemente connesso ad esigenze di territorialità e legalità, in altre parole di sovranità<sup>308</sup>. Ed infatti, poiché l'esercizio del potere punitivo è monopolio esclusivo degli Stati, mentre la tutela dei cittadini dai possibili abusi di questo potere, e segnatamente dai rischi di una duplicazione dei giudizi, può essere predisposta da una norma internazionale, è naturale che il divieto di doppio processo, una volta assunto al rango di diritto fondamentale della persona, passi attraverso una limitazione della sovranità nazionale. La natura ancipite del *ne bis in idem* internazionale è dunque fisiologica, costituendo una conseguenza del fatto che il principio in esame trova il proprio punto di emersione e la propria *ratio essendi* nella concorrenza di diverse giurisdizioni nazionali sul medesimo fatto criminoso. Nessuna meraviglia pertanto che il *ne bis in idem* internazionale, nonostante costituisca uno strumento di tutela della persona dai rischi di una duplicazione dei procedimenti, e pertanto diretto a disciplinare in prima battuta i profili *soggettivi* dei conflitti di giurisdizione, sia fisiologicamente legato alla dimensione *obiettiva* e quindi politica ed inter-nazionale del conflitto giurisdizionale. E se è vero, come pare, che i conflitti positivi di giurisdizione non fanno che riprodurre i conflitti politici esistenti tra gli Stati, il *ne bis in idem* internazionale, nel momento in cui attribuisce al singolo individuo il diritto a non essere processato due volte per il medesimo fatto, indipendentemente dal luogo in cui ha avuto luogo il primo giudizio, vincolando gli Stati nei loro reciproci rapporti, individua un dato assetto politico delle relazioni internazionali.

Le tradizionali problematiche del divieto di doppio processo e delle istanze di garanzia individuale a questo connesse si colorano così di una nota tutta particolare, sullo sfondo dei reciproci rapporti di forza tra gli Stati e, in definitiva, della stessa concezione dell'ordinamento giuridico internazionale. La portata

---

<sup>307</sup> Cfr. ad es. M. KRIELE, *L'universalità dei diritti dell'uomo*, in *Riv. int. filos. dir.*, 1992, 3: "È implicito nel concetto dei 'diritti dell'uomo' che li possiamo pensare solo come universali o che non possiamo pensarli affatto. Contestare infatti l'universalità dei diritti dell'uomo significa contestare i diritti dell'uomo *tout court*".

<sup>308</sup> Sulle problematiche connesse all'attuale processo di internazionalizzazione del diritto penale e con particolare riferimento all'affermazione dei diritti dell'uomo come limiti del potere punitivo nazionale, cfr. tra gli altri, M. MASSÉ, *Des figures asymétriques de l'internationalisation du droit pénal*, in *Rev. sc. crim.*, 2006, 755 ss.; R. ROTH, *Droit pénal sans État et sans territoire?*, in AA.VV., *Le droit saisi par la mondialisation*, a cura di C. Morand, Bruxelles, 2001, 131 ss.; M. DELMAS-MARTY, *Les processus de mondialisation du droit*, in AA.VV., *Le droit saisi par la mondialisation*, cit., in partic. 66 ss.

precettiva – e prima ancora l'*an* del riconoscimento – del *ne bis in idem* internazionale segna infatti un determinato punto di equilibrio tra libertà individuale ed autorità statale di cui si fa garante lo stesso ordinamento internazionale e comporta l'accettazione, da parte dei singoli Stati, di reciproche limitazioni alla propria sovranità che si manifesta attraverso l'esercizio della giurisdizione penale.

#### 4.1. La *ratio* garantista della preclusione processuale

Il *ne bis in idem* internazionale, inteso come strumento di garanzia individuale sancito dal diritto internazionale e volto a tutelare la singola persona avverso le pretese punitive dell'autorità giudiziaria che intende procedere *in idem*, sembra configurare una vera e propria *preclusione processuale* all'interno dei singoli ordinamenti nazionali. Una preclusione che, si diceva, consiste nell'attribuzione di efficacia negativa al giudicato estero ed impedisce all'autorità giudiziaria di uno Stato di riesaminare nel merito una questione già decisa da un giudice di un altro Paese.

Sennonché, sebbene il *ne bis in idem* internazionale si risolva, come l'omologo principio di marca nazionale, nel riconoscimento dell'autorità negativa del giudicato penale, l'origine "estera" della sentenza che sta alla base della preclusione processuale rimane un dato ineliminabile, che incide significativamente sulla *ratio* del divieto. Ed invero, una delle conseguenze più evidenti della trasposizione del divieto di doppio giudizio sul piano sovranazionale è data dal fatto che il suo fondamento viene a risiedere, in modo pressoché esclusivo, in esigenze di garanzia della persona dai possibili abusi del potere punitivo. Di contro, rimangono in ombra, quando non vengono addirittura frustrate, le altre esigenze che solitamente si riconducono alla *ratio* del divieto di doppio processo, vale a dire istanze di certezza *obiettiva* del diritto e finalità di economia processuale<sup>309</sup>. L'origine "estera" del giudicato penale finisce così per

---

<sup>309</sup> Per quanto concerne la funzione del divieto di doppio processo vigente all'interno dei singoli ordinamenti nazionali, mentre alcuni Autori sottolineano la sua portata eminentemente garantista, quale limite ad un reiterato intervento dello Stato nella sfera privata dei cittadini (cfr., per tutti, N. GALANTINI, *Il divieto di doppio processo come diritto della persona*, cit., 97 ss. e bibliografia *ivi* citata), altra parte della dottrina evidenzia maggiormente le istanze di certezza obbiettiva del diritto

determinare un sensibile spostamento del baricentro assiologico della preclusione processuale. Ma andiamo con ordine.

Come accennavamo, per quanto concerne le esigenze di garanzia individuale cui risponde il *ne bis in idem* internazionale, non sembrano esistere differenze di rilievo rispetto allo scopo sotteso alla codificazione del *ne bis in idem* processuale nazionale. Il *ne bis in idem* internazionale pare infatti rispondere ad un bisogno di certezza *soggettiva* sulla stabilità e incontestabilità delle situazioni giuridiche del tutto analogo a quello che ha spinto la stragrande maggioranza dei legislatori nazionali a riconoscere il divieto di doppio processo sul piano interno. Il *ne bis in idem* internazionale costituisce un *effetto* del giudicato (estero) volto a garantire l'intangibilità della situazione giuridica acquisita dal singolo e cristallizzata nella pronuncia giudiziale<sup>310</sup>, soddisfacendo così quell'esigenza imprescindibile del soggetto di poter individuare in ogni momento i limiti temporali e spaziali dell'ordinamento in cui è inserito<sup>311</sup>. Inoltre, analogamente al *ne bis in idem* processuale "interno", il principio in parola sembra garantire il rispetto di basilari istanze di equità, tutelando la persona dai rischi di duplicazione di quella pena "anticipata" in cui consiste il processo ed impedendo un reiterato accanimento punitivo nei confronti del singolo.

Questo marcato parallelismo – se non addirittura identità – con il fondamento assiologico del *ne bis in idem* nazionale, non deve destare particolare stupore. Non solo si tratta anche in questo caso di una vera e propria preclusione processuale, ma questa è volta a fronteggiare una medesima situazione "esistenziale". Ed infatti, dal punto di vista dei singoli individui non pare assumere alcuna rilevanza il fatto che la rinnovazione del processo sia dovuta al mancato riconoscimento, a livello interno, dell'efficacia c.d. negativa del giudicato o, piuttosto, sia una conseguenza del convergere su uno stesso fatto di concorrenti competenze punitive nazionali, fondate su diversi criteri giurisdizionali; in entrambi i casi, la stessa persona dovrà affrontare più volte le spese, le insicurezze ed i disagi di una nuova vicenda processuale, affrontando la medesima fatica di Sisifo e correndo

---

e le esigenze di economia processuale cui la preclusione è strumentale (cfr., per tutti, F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 421).

<sup>310</sup> G. LOZZI, voce *Giudicato (diritto penale)*, cit., 913; cfr. anche A. EICKER, *Transstaatliche Strafverfolgung*, Herbolzheim, 2004, 184 ss.

<sup>311</sup> N. GALANTINI, *Il principio del "ne bis in idem" internazionale*, cit., VII.

per di più il rischio di una duplicazione della risposta sanzionatoria nel caso in cui il primo processo si sia concluso con una condanna<sup>312</sup>.

Discorso completamente diverso per le altre funzioni tradizionalmente correlate all'efficacia negativa del giudicato, che, per essere fisiologicamente legate ad esigenze dello Stato, rimangono del tutto in ombra una volta che la preclusione è trasposta sul piano internazionale<sup>313</sup>.

Per quanto concerne le istanze di certezza obiettiva del diritto, il *ne bis in idem* internazionale si distingue nettamente da quello interno per il fatto di non essere diretto a prevenire un conflitto pratico tra giudicati e, con questo, ad evitare il rischio della contestuale applicabilità di comandi tra loro incompatibili<sup>314</sup>. A livello internazionale, infatti, trattandosi di sentenze pronunciate da autorità giudiziarie di Stati diversi e sovrani, il pericolo di un conflitto tra giudicati tecnicamente non sussiste: da una parte, l'eventuale compresenza sul piano internazionale di decisioni contraddittorie aventi lo stesso oggetto è una conseguenza – naturale e fisiologica – delle differenti scelte di incriminazione compiute dai legislatori nazionali; dall'altro, trattandosi di sentenze emesse in diversi *ordinamenti giuridici*, non vi è nessun pericolo di una impraticabilità dell'ordinamento, per cui l'organo chiamato all'esecuzione delle sentenze non saprebbe a quale pronuncia dar seguito. Ed infatti, quest'ultimo è un problema che deriva dal principio della unitarietà e non contraddittorietà dell'ordinamento; ma poiché in ambito internazionale gli ordinamenti penali sono più di uno, non sussiste nessun pericolo di “impraticabilità” delle pronunce, che possono ben coesistere una accanto all'altra anche se intrinsecamente contraddittorie, per trovare applicazione in tempi diversi. Se quanto siamo venuti dicendo è vero, non sembra del tutto errato affermare che il *ne bis in idem* internazionale assicuri la

---

<sup>312</sup> Nonostante l'autonomia pratico-applicativa del principio del *ne bis in idem* c.d. sostanziale, cui fa da *pendant*, sul piano internazionale, il c.d. principio di compensazione, è indiscutibile che la migliore tutela dai rischi di una duplicazione della risposta sanzionatoria è data proprio dal divieto di doppio giudizio; in questo senso, chiaramente, F. COPPI, *Reato continuato e cosa giudicata*, cit., 322.

<sup>313</sup> La valenza spiccatamente garantista del *ne bis in idem* internazionale, a discapito delle altre funzioni normalmente assunte sul piano interno, è opportunamente segnalata da C. VAN DEN WYNGAERT-G. STESSSENS, *The international non bis in idem principle*, cit., 781 ss., cui *adde* T. RAFARACI, *Ne bis in idem e conflitti di giurisdizione in materia penale nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 622.

<sup>314</sup> Per tutti, G. DE LUCA, *Concorso formale di reati e limiti oggettivi della cosa giudicata penale*, cit., 198 ss; ID., voce *Giudicato*, cit., 2; nonché G. LOZZI, voce *Giudicato*, cit., 914 ss.

certezza obiettiva del diritto in un'accezione affatto peculiare, limitandosi a garantire, piuttosto che la stabilità, l'unicità della pronuncia giudiziale e dunque a risolvere possibili conflitti giurisdizionali che mettono in pericolo la pacifica coesistenza di differenti sistemi normativi<sup>315</sup>. D'altro canto, la stessa preclusione, nel momento in cui limita la giurisdizione penale dello Stato ed impedisce l'applicazione di una o più fattispecie incriminatrici pure astrattamente applicabili, finisce per minare la certezza del diritto nazionale, facendo venir meno il rapporto di (almeno tendenziale) consequenzialità tra violazione del precetto e sentenza di condanna.

Per quanto poi concerne le istanze di economia processuale cui tradizionalmente risponde il *ne bis in idem* previsto dagli ordinamenti nazionali, la questione sul piano internazionale assume caratteri ben più articolati di quanto non accada a livello interno. In primo luogo, infatti, la valenza transnazionale della preclusione fa sì che le esigenze di economia dei giudizi cui il *ne bis in idem* sarebbe strumentale siano destinate a prodursi in assenza del loro naturale presupposto, vale a dire la possibilità di instaurare un *simultaneus processus* attraverso il quale decidere tutti i profili di rilevanza penale di un medesimo fatto storico<sup>316</sup>. In secondo luogo, e soprattutto, poiché il *ne bis in idem* internazionale preclude l'esercizio della giurisdizione penale ad uno Stato *diverso* da quello in cui si è svolto il primo processo, è evidente che le esigenze di economia dei giudizi, mentre potrebbero consigliare a quest'ultimo di non avviare un secondo procedimento, non dispiegano alcuna efficacia nei confronti del primo, che, invero, ancora non ha esercitato l'azione penale; cosicché, se di esigenze di economia processuale si vuole parlare, queste possono essere riferite esclusivamente alla Comunità internazionale nel suo complesso, che sola può

---

<sup>315</sup> In questo senso, C. VAN DEN WYNGAERT-G. STESSENS, *The international non bis in idem principle*, cit. 782.

<sup>316</sup> Sottolinea come l'economia dei giudizi, a rigore, impone di accertare la pluralità dei reati concorrenti con un unico procedimento e non di accertare un solo reato, G. LOZZI, *Profili di una indagine sui rapporti tra "ne bis in idem" e concorso formale di reati*, Milano, 1974, 70; in questo senso, già G. DE LUCA, *Concorso formale di reati e limiti oggettivi della cosa giudicata penale*, cit., 201, secondo il quale "l'esigenza dell'economia dei giudizi fa sì che i due reati, cui dà luogo l'unico fatto storico, e quindi i due procedimenti soggettivamente connessi, siano cumulati in un *simultaneus processus*. In altri termini l'esigenza di economia dei giudizi è tutelata in via preventiva attraverso il cumulo dei procedimenti [...] ma non può spingersi al punto di lasciare persino impunito un reato, quando il cumulo non sia stato disposto o non si sia potuto ordinare perché, ad esempio, mancavano le prove dell'esistenza di quest'ultimo".

avvantaggiarsi del mancato dispiego di risorse ed energie per il perseguimento dei medesimi illeciti e di un maggiore coordinamento degli sforzi repressivi degli Stati.

#### **4.2. Il *ne bis in idem* come strumento risolutivo dei conflitti di giurisdizione**

Il *ne bis in idem* internazionale non si limita tuttavia a configurare una preclusione processuale all'interno dei singoli ordinamenti. Esso, come detto in precedenza, costituisce anche un fondamentale strumento di riparto delle competenze punitive nazionali; con la conseguenza che la portata del suo riconoscimento e, prima ancora, la sua stessa esistenza come diritto fondamentale dell'individuo, dipendono dalla possibilità di risolvere, sulla base del diritto internazionale, i conflitti giurisdizionali sottostanti. Ed invero, in mancanza di un impegno reciproco degli Stati a limitare le proprie competenze punitive, l'eventuale riconoscimento del divieto di doppio processo come diritto essenziale della persona, non solo sarebbe un elemento distonico nel panorama giuridico internazionale, ma sarebbe destinato a rimanere lettera morta. In questa prospettiva, pertanto, sembra che la soluzione accolta in materia di *ne bis in idem* sia intimamente connessa con la concezione della sovranità, del ruolo degli Stati e dello stesso fenomeno giuridico internazionale dominante in un determinato momento storico.

Sulle conseguenze che il riconoscimento del *ne bis in idem* internazionale comporta sul piano dei rapporti tra gli Stati e, soprattutto, della concezione del ruolo del diritto internazionale in materia di giurisdizione penale, avremo modo di soffermarci in seguito nel prosieguo dell'indagine<sup>317</sup>. Al momento, ciò che preme evidenziare sono le concrete modalità con cui il divieto di doppio processo interviene a risolvere i conflitti positivi di giurisdizione e come questo si ripercuota sul riconoscimento del principio nell'attuale diritto internazionale, pattizio e consuetudinario.

Per quanto concerne il *modus operandi* della *ne bis in idem* internazionale, il principio in parola, presupponendo una sentenza definitiva di condanna, non pare

---

<sup>317</sup> Cfr. *infra*, para 5.

capace di prevenire i conflitti positivi di giurisdizione. Esso non può insomma svolgere alcun ruolo nelle ipotesi di litispendenza internazionale, vale a dire quando più Stati hanno giurisdizione e la possibilità di avviare un'azione penale (litispendenza c.d. "in astratto") o quando un nuovo procedimento penale è instaurato "in idem" mentre un processo è già pendente in un altro Stato (litispendenza c.d. "in concreto")<sup>318</sup>. Il *ne bis in idem* internazionale costituisce invece uno strumento di riparto delle giurisdizioni nazionali che opera tutte le volte in cui gli Stati non sono riusciti ad accordarsi su quale sia l'ordinamento giuridico in grado di pervenire prima e meglio ad una pronuncia definitiva. È pertanto uno strumento *ex post* di risoluzione del conflitto, che interviene "a giochi fatti" e mira esclusivamente a tutelare l'individuo dai disagi connessi alla duplicazione dei procedimenti penali. Presupponendo tanto l'esistenza di un conflitto giurisdizionale irrisolto che l'avvenuto esperimento di un processo in uno qualsiasi degli Stati interessati a giudicare il fatto criminoso, esso assume un carattere quasi residuale rispetto agli altri possibili criteri di riparto tra giurisdizioni nazionali<sup>319</sup>.

Inoltre, la sua esclusiva valenza garantista lo rende del tutto indifferente, in linea di principio, alla eventuale esistenza di una gerarchia tra i diversi criteri giurisdizionali fatti valere dagli Stati interessati ad instaurare un procedimento penale<sup>320</sup>. Questo fa sì che il *ne bis in idem* internazionale possa provocare risultati fortuiti o persino arbitrari, aprendo la porta alla logica del "primo arrivato, primo servito"<sup>321</sup>. Ed invero, laddove il *ne bis in idem* internazionale si affermasse come unico strumento risolutivo dei conflitti giurisdizionali, il solo criterio

---

<sup>318</sup> Sulla distinzione tra litispendenza "in astratto" e "in concreto", cfr. per tutti C. AMALFITANO, *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali nell'Unione europea*, Milano, 2006, 266 ss. Altri Autori distinguono invece tra una mera concorrenza di competenze ed una vera e propria concorrenza di procedimenti (per tutti D. TEZCAN, *Territorialité et conflits de juridictions en droit pénal international*, Ankara, 1983, 32).

<sup>319</sup> Cfr. il *Commission staff working document annex to the Green paper on Conflicts of Jurisdiction and the Principle of ne bis in idem in Criminal Proceedings* {Com (2005) 696 final}, licenziato dalla Commissione delle Comunità europee il 23 dicembre 2005, dove a p. 5 si legge: "the principle of *ne bis in idem* would only need to come into play in the situations where the envisaged mechanism [for choosing jurisdiction before any final decision is taken] fails to succeed in concentrating a prosecution in one jurisdiction".

<sup>320</sup> Sull'incidenza dei diversi titoli di esercizio della giurisdizione sull'efficacia applicativa del *ne bis in idem* internazionale, v. *infra*, para 4.3.

<sup>321</sup> Cfr. il *Commission staff working document annex to the Green paper*, cit., p. 5: "by giving preference to whichever jurisdiction can first take a final decision, its effects amount to a "first come first served principle".

realmente dirimente nella scelta del *locus fori* sarebbe quello temporale, volto a dare la preferenza all'autorità giurisdizionale capace di emettere per prima una decisione definitiva<sup>322</sup>. I limiti di questa soluzione appaiono ancora più evidenti se solo si pone mente al fatto che nel diritto penale internazionale la scelta della giurisdizione determina anche la scelta del diritto processuale e sostanziale applicabile al caso oggetto di giudizio<sup>323</sup>.

Queste deficienze strutturali del *ne bis in idem* internazionale hanno importanti conseguenze per quanto riguarda il suo riconoscimento nel panorama giuridico internazionale. Esse hanno fatto sì che il divieto di doppio processo inteso come diritto fondamentale dell'individuo rimanesse per decenni nell'empireo della speculazione scientifica<sup>324</sup>, senza assurgere al rango di principio di diritto internazionale consuetudinario<sup>325</sup>. Non solo, esse hanno fatto sì

---

<sup>322</sup> Cfr. il *Libro verde sui conflitti di giurisdizione e il principio del ne bis in idem nei procedimenti penali*, presentato dalla Commissione il 23 dicembre 2005, COM(2005)696 definitivo, p. 3: “senza un sistema che assegni le cause a un'adeguata giurisdizione mentre il procedimento è in corso, il principio del *ne bis in idem* può provocare risultati fortuiti o persino arbitrari [...] La scelta della competenza attualmente viene lasciata al caso, e per questo il principio del *ne bis in idem* è tuttora subordinato a diverse eccezioni”. Si v. anche quanto affermato dalla Corte costituzionale italiana nella sentenza del 25 marzo 1976, n. 69, cit.: “Si deve peraltro rilevare che alle enunciative di principio sull'efficacia delle sentenze penali straniere dovrebbero accompagnarsi, nell'assoluta mancanza di principi generali di diritto consuetudinario comunemente riconosciuti ed accettati, precise norme convenzionali regolatrici della competenza giurisdizionale dei diversi Stati in materia di repressione penale. In difetto di tali norme, e di criteri uniformi nella legislazione dei singoli Stati, appare evidente che non potrebbe ritenersi appagante, né sufficiente, il mero criterio temporale della prevenzione, collegata al fatto casuale che l'imputato si trovi in uno Stato o in un altro”.

<sup>323</sup> Cfr. il *Commission staff working document annex to the Green paper*, cit., 5: “According to the so-called *lex fori* rule in international criminal law, the jurisdiction under which a case will be dealt with determines not only the procedural law to be applied but also the substantive criminal law under which the merits of the case will be decided on”. Si v. anche il *Green paper on criminal-law protection of the financial interests of the Community and the establishment of a European Prosecutor*, COM(2001)715 final, punto 6.3.1.

<sup>324</sup> Già dalla fine dell'Ottocento, infatti, numerosi Autori evidenziavano come imprescindibili esigenze di giustizia militano a favore del riconoscimento del *ne bis in idem* internazionale. Si v., per esempio, quanto sostenuto da F. HELIE nel suo *Traité de l'instruction criminelle*, cit., 656: “la maxime (ne bis in idem) appartient au droit universel des nations ; le principe de justice qui l'a fondée, a la même puissance à l'égard de tous les jugements qui ont été rendus sur le même fait, soit qu'ils émanent de juges étrangers ou nationaux” ; analog. H. DONNEDIEU DE VABRES, *Les principes modernes du droit pénal international*, cit., 311: “la règle non bis in idem [...] est à consacrer comme principe de droit commun incontestable”.

<sup>325</sup> Che il principio del *ne bis in idem* non costituisca oggetto di una norma internazionale consuetudinaria è affermazione pressoché pacifica in dottrina; cfr. per tutti C. AMALFITANO, *Dal ne bis in idem internazionale al ne bis in idem europeo*, cit., 929, e amplissima bibliografia *ivi* citata. In questo senso si è espressa anche la Corte costituzionale italiana nella nota sentenza del 18 aprile 1967 n. 48 (in *Giust. pen.*, 1967, I, c. 286); si v. anche C. Cost., 8 aprile 1976, n. 69 (in *Giur. cost.*, 1976, 432): “il principio del *ne bis in idem* non può [...] considerarsi, rispetto alle sentenze straniere, come principio di diritto riconducibile alla categoria delle norme del diritto



che il principio in discorso ricevesse un'affermazione tardiva e assai sporadica anche nel diritto internazionale pattizio, restando a lungo sospeso nel limbo di previsioni convenzionali tanto progressiste quanto inefficaci alla prova dei fatti<sup>326</sup>. Da un lato, infatti, se si escludono le disposizioni contenute in alcuni strumenti di carattere settoriale adottati nell'ambito del c.d. Terzo pilastro dell'U.E.<sup>327</sup>, prima dell'entrata in vigore della Convenzione di Applicazione dell'Accordo di Schengen del 1990 le istanze di tutela del singolo dai disagi e dai rischi connessi ad una duplicazione dei procedimenti, erano in larghissima parte rimesse alle scelte discrezionali dei legislatori nazionali, che, come detto, non brillavano per garantismo<sup>328</sup>. Dall'altro, il *ne bis in idem* internazionale, anche laddove previsto espressamente nei trattati internazionali, è stato fatto oggetto di numerose deroghe ed eccezioni che ne hanno ridotto considerevolmente la portata applicativa.

---

internazionale generalmente riconosciuto, oggetto di recezione automatica ai sensi dell'art. 10 Cost.<sup>329</sup>. A questa giurisprudenza costituzionale si è poi adeguata la Corte di Cassazione: si v., ad esempio, Cass. sez. I, 8 aprile 1970, Tognolini, in *Giust. pen.*, 1971, II, c. 342, n. 575; Cass. sez. III, 31 gennaio 1980, Koch, *ibid.*, 1980, III, c. 622; Cass. sez. II, 11 gennaio 1985, Pagano, in *Ind. pen.*; Cass., sez. I, 21 marzo 1988, Michelucci, *ibid.*, 1988, 652, e in *Cass. pen.*, 1988, 1859, con nota di A. FERRARO, *Brevi note sul ne bis in idem internazionale*.

<sup>326</sup> Sia la Convenzione europea del 1970 sulla validità internazionale dei giudizi repressivi, firmata all'Aia il 28 maggio 1970, sia la Convenzione tra gli Stati membri delle Comunità europee relativa all'applicazione del principio del *ne bis in idem* adottata a Bruxelles il 25 maggio 1987 (pubblicata in *Riv. dir. int.*, 1990, 169 ss.) a causa dello scarso numero di ratifiche e delle numerose riserve apposte dagli Stati parte, non hanno infatti fino ad oggi giocato un ruolo decisivo nell'implementazione del principio a livello europeo. Sulla Convenzione dell'Aia, cfr., per tutti, S. FARINELLI, *Sull'applicazione del principio ne bis in idem tra gli Stati membri della Comunità europea*, in *Riv. dir. int.*, 1991, 884 ss.; sulla Convenzione di Bruxelles, cfr., tra i molti, G. GRASSO, *La cooperazione giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri*, in *Foro it.*, 1987, V, 458 ss.; A. GIARDA, *La convenzione europea sul principio del ne bis in idem*, in *Corr. giur.*, 1990, 19 s.; C. AMALFITANO, *Dal ne bis in idem internazionale al ne bis in idem europeo*, cit., 944 ss.

<sup>327</sup> Cfr. art. 7 della Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, adottata a Bruxelles il 26 giugno 1995, resa esecutiva con l. 29 settembre 2000 n. 300 ed entrata in vigore per l'Italia il 17 ottobre 2002; art. 10 della Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'U.E., adottata a Bruxelles il 26 maggio 1997, resa esecutiva con l. 29 settembre 2000, n. 300. Sul punto, si v. M. PISANI, *Il ne bis in idem internazionale e il processo penale italiano*, in AA.VV., *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, Milano, 2005, I, 568, che evidenzia come la regola del *ne bis in idem* sia ormai divenuta "una sorta di □ costante" di politica penale comunitaria".

<sup>328</sup> Come sottolinea T. RAFARACI, *Ne bis in idem e conflitti di giurisdizione*, cit., 625, nota 13. la legislazione maggiormente garantista è quella dei Paesi Bassi, il cui codice penale, all'art. 68, prevede il divieto di doppio giudizio come regola generale, applicabile a tutte le sentenze, nazionali e straniere, senza riguardo al luogo in cui il reato è stato commesso. Per un'ampia disamina delle regole nazionali in materia di *ne bis in idem*, si v. le relazioni dei *Rapporteurs nationaux* al XVII. Congresso internazionale di diritto penale, pubblicate in 73 *Rev. int. dr. pén.*, 2002.

#### **4.3. La portata applicativa del principio: limiti “strutturali” ed “estrinseci” del *ne bis in idem* internazionale.**

La mancanza di altre ragioni al riconoscimento dell'efficacia preclusiva del giudicato estero diverse dall'esigenza di porre un argine ad un reiterato intervento della giustizia penale nella sfera privata dei singoli individui, unita alla notevole – e sotto certi profili arbitraria – incidenza del principio sulla giurisdizione penale degli Stati, ha fatto sì che il *ne bis in idem* internazionale soffrisse di limiti diversi ed ulteriori rispetto a quelli che caratterizzano l'omonimo principio processuale. Questi limiti, pressoché costanti nei trattati internazionali, sono di due tipi: “strutturali”, volti a delimitare dall'interno, spesso sul piano esegetico, l'ambito applicativo del *ne bis in idem* internazionale; ed “estrinseci” diretti a circoscrivere dall'esterno la portata del principio, individuando situazioni in cui le esigenze di sovranità nazionale hanno la meglio sulle istanze di tutela della persona, cosicché il singolo individuo si vede spogliato del proprio diritto a non essere processato due volte per il medesimo fatto. Nel primo caso, pertanto, il *ne bis in idem* internazionale non trova applicazione perché non sussistono, a ben vedere, le condizioni che ne costituiscono il fondamento assiologico; nel secondo caso, invece, il divieto di doppio giudizio non trova applicazione per ragioni di mera opportunità politica, poiché gli Stati non sono disposti a sacrificare la propria potestà punitiva alle contrapposte istanze di garanzia dell'individuo.

Per quanto concerne i limiti del primo tipo, che abbiamo definito “strutturali”, questi consistono in altrettante restrizioni alla possibilità di interpretare estensivamente il *ne bis in idem* internazionale sancito dai trattati. La presenza di questi limiti, come accennavamo, è una conseguenza del fatto che l'attribuzione di efficacia impeditiva al giudicato estero sta e cade con le esigenze di tutela della persona che ne costituiscono il fondamento, cosicché la preclusione processuale può dispiegare la propria efficacia solo quando vi è il rischio di una reale *duplicazione* della pretesa punitiva. Questi limiti all'applicazione del *ne bis in idem* internazionale sono insomma una diretta conseguenza dell'amputazione della base assiologica del principio rispetto all'omonimo principio di marca nazionale. Mentre infatti i legislatori nazionali possono scegliere di ampliare a dismisura – ben oltre le esigenze di garanzia individuale – lo spettro applicativo

del *ne bis in idem* processuale, decidendo di sacrificare le istanze di giustizia sostanziale, volte alla repressione dei reati, alle contrapposte esigenze di economia dei giudizi e di certezza obiettiva del diritto, garantite dalla stabilità del giudicato, un'analoga operazione sarebbe del tutto ingiustificata con riferimento al *ne bis in idem* internazionale.

Poiché si tratta di limiti tutti interni alla logica dell'istituto, è palese come la loro ampiezza sia legata a doppio filo ad un'operazione di bilanciamento tra gli opposti interessi in gioco in materia di *ne bis in idem* internazionale, vale a dire esigenze di garanzia individuale ed istanze di sovranità nazionale. In particolare, posto che la *raison d'être* del principio consiste nell'evitare un'inopportuna *duplicazione* dei procedimenti, si tratta di stabilire quando si è effettivamente in presenza di un reale accanimento punitivo nei confronti del medesimo individuo, che solo giustifica l'arretramento delle istanze di sovranità nazionale che si manifestano con l'esercizio della giurisdizione penale. Il problema si pone innanzitutto nel momento in cui ci si accinge a stabilire quando i due procedimenti penali hanno ad oggetto i "medesimi fatti", poiché dall'ampiezza della nozione di "idem" rilevante a livello internazionale dipendono le concrete sorti applicative della preclusione. In particolare, stante la mancata armonizzazione di fattispecie incriminatrici che caratterizza attualmente il panorama giuridico internazionale, l'accoglimento di una nozione "normativa" di *idem* si risolverebbe in un'*interpretatio abrogans* del divieto di doppio giudizio; d'altra parte, l'adozione di una nozione storico-naturalistica di "idem" nell'esegesi della locuzione "medesimi fatti" che costituisce il presupposto applicativo del *ne bis in idem* internazionale, rischia di sacrificare eccessivamente le istanze di sovranità nazionale, vietando l'esercizio della giurisdizione penale anche quando, a ben vedere, non vi è una reale *duplicazione* del giudizio<sup>329</sup>.

Ma la questione dei limiti "interni" del *ne bis in idem* internazionale investe anche la nozione di "bis", vale a dire l'individuazione delle ipotesi in cui si è in presenza di una pronuncia giudiziale in grado di fondare l'operatività del divieto di secondo processo. Ed infatti, mentre la valenza garantista del principio spingerebbe ad anticipare l'efficacia del *ne bis in idem* internazionale al momento

---

<sup>329</sup> Sulla nozione di "idem" con particolare riferimento al divieto sancito dall'art. 54 CAAS, si v. *infra*, Cap. IV.

in cui la persona comincia a patire le conseguenze negative del primo processo e, quindi, addirittura prima che la sentenza sia divenuta irrevocabile, così come avviene negli ordinamenti di *Common law*, contrapposte istanze punitive premono per ritardare gli effetti della preclusione. Com'è noto, a questa problematica hanno solitamente risposto i redattori delle convenzioni, subordinando la preclusione processuale all'esistenza di una sentenza definitiva e dunque configurando il *ne bis in idem* come un *effetto* del giudicato volto a garantire la intangibilità delle situazioni giuridiche acquisite dal singolo e cristallizzate nella pronuncia giudiziale<sup>330</sup>, in linea con la tradizione europeo-continentale; nondimeno, la distanza che ancora intercorre tra i sistemi processuali dei singoli Stati fa sì che rimanga aperta la questione di quando si possa parlare di una sentenza definitiva ai fini dell'applicazione del divieto e, quindi, di altrettanti limiti all'applicazione del *ne bis in idem* internazionale.

Venendo adesso alla seconda tipologia di limiti, quelli di carattere "estrinseco", questi sono una diretta conseguenza del fatto che il *ne bis in idem* internazionale si scontra tanto con il protagonismo statale che permea i rapporti internazionali che con il tradizionale *leitmotiv* della cooperazione internazionale in materia penale, da sempre improntata all'esigenza di evitare vuoti di tutela<sup>331</sup>. In questa luce si comprendono le ragioni di tutta una serie di deroghe espresse all'efficacia del *ne bis in idem* internazionale, contenute nei trattati<sup>332</sup>, e della c.d. condizione dell'esecuzione, che si accompagna costantemente all'affermazione del divieto di doppio processo sul piano internazionale<sup>333</sup>.

Premesso che tutte le eccezioni all'efficacia del divieto di *bis in idem* previste espressamente dalle convenzioni internazionali in materia si giustificano alla luce delle esigenze di salvaguardia della sovranità nazionale in particolari situazioni, non pare questa la sede per condurre una disamina accurata delle numerose e diverse ipotesi derogatorie contenute nei trattati<sup>334</sup>; qui ci soffermeremo sull'ipotesi che, per il grado pressoché costante di riconoscimento e per le

---

<sup>330</sup> Per tutti, G. LOZZI, voce *Giudicato*, cit., 913.

<sup>331</sup> Cfr. A. DI MARTINO, *La frontiera e il diritto penale*, cit., 78.

<sup>332</sup> Si v., per esempio, le eccezioni contenute nell'art. 55 CAAS, su cui *infra* Cap. III, para 3.3.

<sup>333</sup> Su cui *infra* para 4.4.

<sup>334</sup> Per una più dettagliata analisi delle deroghe espresse all'efficacia del *ne bis in idem* internazionale sancito dalla Convenzione di Applicazione dell'Accordo di Schengen, v. *infra*, Cap. III, para 3.3.

importanti ricadute dogmatiche e pratico-applicative, pare maggiormente rilevante, vale a dire la deroga fondata sul principio di territorialità.

I trattati che sanciscono il *ne bis in idem* internazionale sono infatti soliti escludere l'applicazione del principio ogni volta in cui l'illecito si è realizzato, in tutto o in parte, nel territorio dello Stato che vuole esercitare una nuova azione penale, nonostante questa sia già stata regolarmente svolta ed esaurita in un altro Stato parte. L'eccezione in parola, pertanto, esclude la solvibilità del conflitto di giurisdizione quando a procedere *in idem* è lo Stato del *locus commissi delicti*; di contro, quando, come avviene nella maggior parte dei casi, la prima sentenza è pronunciata nello Stato territoriale, gli altri ordinamenti non possono più giudicare i medesimi fatti in forza di un criterio extraterritoriale di esercizio della giurisdizione, a meno che non ricorrano diverse ed ulteriori ipotesi derogatorie al divieto di *bis in idem*.

Questa deroga all'efficacia della preclusione processuale pare dettata dalla convinzione, peraltro diffusa anche in ambito scientifico, della primazia del principio di territorialità rispetto agli altri criteri giurisdizionali, in ragione, tra l'altro, del fatto che lo Stato del *locus commissi delicti* è quello che ha le maggiori opportunità per la raccolta dei mezzi di prova ed il maggiore interesse alla persecuzione degli illeciti<sup>335</sup>. Sennonché questi rilievi, perfettamente condivisibili in una logica di prevenzione dei conflitti di giurisdizione, volta a dare una sistemazione gerarchica ai diversi principi giurisdizionali, diventano assai più opinabili nel momento in cui vengono in gioco non per risolvere i conflitti positivi di giurisdizione ma, al contrario, per legittimare un'eccezione all'efficacia del *ne bis in idem*, consentendo l'instaurazione di un processo penale *dopo* che un primo Stato ha già giudicato i medesimi fatti<sup>336</sup>. Una volta inteso come motivo di deroga al rispetto di un diritto essenziale della persona, il principio di territorialità mostra pertanto il suo volto più truce, legato a doppio filo con la nozione di sovranità

---

<sup>335</sup> Sul punto, e per un'analisi delle altre ragioni che da sempre giustificano l'ampia utilizzazione da parte degli Stati del principio di territorialità, cfr., per tutti, P. GAETA, *Un'analisi dell'applicazione dei principi di territorialità e nazionalità attiva*, in AA.VV., *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, a cura di A. Cassese, M. Chiavario, G. De Francesco, Torino, 2005, in particolare 514.

<sup>336</sup> Nello stesso senso C. AMALFITANO, *Dal ne bis in idem internazionale*, cit., 957, che auspica "il venir meno delle deroghe al *ne bis in idem* giustificate dalla localizzazione dell'illecito nel territorio dello Stato che vuole procedere all'esercizio di una nuova azione penale [e] la prevalenza delle ragioni dell'equità e della stabilità dei rapporti giuridici sul principio di territorialità".

nazionale: lo Stato ha il monopolio della forza fisica legittima su una data comunità territoriale e le violazioni dei suoi comandi – soprattutto penali – rappresentano un attentato alla sua autorità che, come tali, escludono l'interferenza da parte di Paesi stranieri<sup>337</sup>.

Senza contare, poi, che la maggior parte degli ordinamenti nazionali, nel momento in cui stabiliscono i criteri in forza dei quali un determinato reato si considera commesso nel territorio dello Stato, adottano il c.d. principio dell'ubiquità, per cui è sufficiente che una frazione anche minima dell'episodio criminoso si sia svolta sul territorio nazionale, perché il principio di territorialità venga in gioco a legittimare l'esercizio della giurisdizione penale<sup>338</sup>. Sotto questo profilo, pertanto, i rischi di un'eccessiva limitazione della garanzia offerta dal *ne bis in idem* internazionale sembrano molto elevati e vengono solo in parte compensati dal fatto che il principio di ubiquità gioca anche in favore del reo, poiché numerosi trattati stabiliscono che nessuna deroga al divieto di *bis in idem* è ammessa quando i fatti oggetto del primo processo sono avvenuti, in tutto o in parte, *anche* sul territorio del primo Stato<sup>339</sup>.

#### 4.4. (Segue) la c.d. condizione dell'esecuzione

Per quanto concerne la c.d. condizione dell'esecuzione, si tratta di una clausola contenuta nella stragrande maggioranza delle convenzioni internazionali che sanciscono l'efficacia preclusiva del giudicato estero<sup>340</sup> e consiste nel subordinare il divieto di *bis in idem* alla “condizione che, in caso di condanna, la pena sia stata eseguita o sia effettivamente in corso di esecuzione attualmente o, secondo la legge dello Stato contraente di condanna, non possa più essere eseguita”<sup>341</sup>. Lasciando da parte i numerosi problemi interpretativi cui questa condizione dà luogo – può dirsi eseguita una pena condizionalmente sospesa? Ed

<sup>337</sup> Cfr. H. DONNEDIEU DE VABRES, *Les principes modernes du droit pénal international*, cit., 11 ss., nonché P. GAETA, *Un'analisi dell'applicazione*, cit., 513 s.

<sup>338</sup> Cfr. J. L. DE LA CUESTA, *Concurrent National and International Jurisdiction*, cit., 23.

<sup>339</sup> Cfr. Art. 55.1, lett. a), secondo periodo della Convenzione di Applicazione dell'Accordo di Schengen.

<sup>340</sup> Cfr. art. 1 della Convenzione tra gli Stati membri delle Comunità europee relativa all'applicazione del principio del *ne bis in idem*, Bruxelles, 25 maggio 1987, in *Riv. dir. int.*, 1990, 169; cfr. anche gli artt. 53-55 della Convenzione europea sulla validità internazionale dei giudizi penali (L'Aia, 28 maggio 1970). Si v. anche, S. FARINELLI, *Sull'applicazione del principio ne bis in idem*, cit., 892.

<sup>341</sup> Così l'art. 54 della Convenzione di Applicazione dell'Accordo di Schengen.

una pena prescritta? – e che sono oggi affrontati dalla Corte di giustizia delle Comunità europee nell'esercizio della sua competenza pregiudiziale sulle norme della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen<sup>342</sup>, ciò che interessa evidenziare è che questo limite, da un lato non trova corrispondenti nelle norme nazionali che sanciscono il *ne bis in idem* processuale “interno”; dall'altro, sembra tanto più singolare proprio con riferimento al *ne bis in idem* internazionale, invero diretto innanzitutto a garantire la sicurezza “soggettiva” degli individui esposti ad una pluralità di pretese giurisdizionali. Ed infatti, poiché il giudicato penale si forma nel momento in cui la sentenza diventa irrevocabile nello Stato di emissione, per negare legittimità ad un secondo processo *in idem* dovrebbe bastare l'esistenza di una sentenza definitiva straniera, senza che assuma alcuna rilevanza il fatto che questa abbia trovato esecuzione o meno<sup>343</sup>. Altrimenti detto, non si comprende perché lo stesso principio del *ne bis in idem* processuale noto a tutte le legislazioni penali di *civil law*, una volta trasposto sul piano sovranazionale presupponga non solo l'irrevocabilità della sentenza ma anche il rispetto della c.d. condizione dell'esecuzione<sup>344</sup>.

Ebbene, questo limite, assolutamente eccentrico sotto l'angolo visuale della tutela dei diritti dell'imputato, acquista maggiore plausibilità se si pone mente all'altra architrate assiologica del principio, quella diretta a risolvere conflitti positivi di giurisdizione esistenti tra gli Stati. In particolare, alla base della condizione dell'esecuzione prevista nei trattati in tema di *ne bis in idem* sembrano esservi due distinte ragioni, entrambe riconducibili al fatto che il principio in parola, diminuendo le *chances* repressive della Comunità internazionale, è tradizionalmente considerato un *beneficio* per la persona, in riconoscimento del fatto che essa ha già subito un processo all'estero<sup>345</sup>.

Per quanto concerne la prima ragione, questa consiste nella diffusa convinzione che l'attribuzione di efficacia preclusiva alla sentenza straniera, se

---

<sup>342</sup> Cfr. *infra* Cap. III, para 3.2.

<sup>343</sup> N. GALANTINI, *Il principio del “ne bis in idem” internazionale nel processo penale*, cit., 16 ss.

<sup>344</sup> Estremamente critico sul punto già

<sup>345</sup> La natura di “beneficio” della preclusione processuale è particolarmente nella Convenzione dell'Aia del 1970 sull'efficacia internazionale delle sentenze penali, come dimostra il fatto che solamente l'efficacia preclusiva delle sentenze è disciplinata direttamente dagli artt. 53-55 della Convenzione, mentre il riconoscimento degli altri effetti delle sentenze penali è rimesso alle normative nazionali; sul punto, cfr. S. FARINELLI, *Sull'applicazione del principio*, cit., 892.

svincolata dalla certezza di un'effettiva esecuzione della pena inflitta, condurrebbe a risultati inaccettabili. Ed infatti, si è detto, il semplice fatto che uno Stato si sia attivato per primo e sia pervenuto ad una condanna vanificherebbe le potenzialità repressive di ogni altro Stato, senza con questo assicurare il superamento del rischio di impunità<sup>346</sup>. All'origine della separazione tra il momento di formazione del giudicato penale estero e il verificarsi dell'effetto preclusivo della sentenza vi è dunque il timore che l'incondizionato riconoscimento della garanzia individuale possa condurre ad una frustrazione delle istanze punitive degli Stati, consentendo, ad esempio, che la volontaria sottrazione all'esecuzione della pena da parte del condannato possa consentirgli di beneficiare dei vantaggi derivanti dal *ne bis in idem*<sup>347</sup>. Sennonché, l'esigenza di far sì che il reo paghi le conseguenze penali delle proprie azioni, pur essendo collegata ai fondamenti ultimi dell'esercizio del magistero punitivo ed in particolare alla funzione retributiva e generalpreventiva della pena, non riesce da sola a dar conto della palese incongruità data dal fatto che il valore internazionale di una sentenza viene a dipendere da una circostanza a questa posteriore, vale a dire la sua avvenuta esecuzione<sup>348</sup>. Inoltre, non si comprende perché l'effettività della sanzione debba essere perseguita a scapito di un'incongrua amputazione della garanzia processuale, quando per questi fini esistono strumenti *ad hoc* volti a dare effetto alle sentenze straniere ai fini della loro esecuzione, come l'istituto del trasferimento dei condannati<sup>349</sup>, l'extradizione o, oggi, il mandato di arresto europeo.

Alla base della c.d. condizione dell'esecuzione prevista nei trattati internazionali che sanciscono il *ne bis in idem* internazionale sembra pertanto esserci un'ulteriore ragione, che potrebbe essere definita "sanzionatoria" e che assume una duplice forma, processuale e sostanziale. In particolare, la presenza

---

<sup>346</sup> In questo senso, chiaramente, il rapporto esplicativo alla Convenzione dell'Aja (cfr. C.E.P.C., *Explanatory report*, cit., 78), dove peraltro si aggiunge che "The interest of the States in the effective reduction of crime has to be weighed against the general consideration requesting that a person should not be prosecuted several times for the same act"; sul punto, cfr. anche N. GALANTINI, *Il principio del "ne bis in idem"*, cit. 17 s. e S. FARINELLI, *Sull'applicazione del principio*, cit., 892 s.

<sup>347</sup> G. IUZZOLINO, *Il limite del ne bis in idem nell'esecuzione del mandato di arresto europeo*, cit., 3.

<sup>348</sup> Sottolineava questa anomalia già DONNEDIEU DE VABRES, *Les principes modernes du droit pénal International*, cit., 69 e 323.

<sup>349</sup> Cfr. S. FARINELLI, *Sull'applicazione del principio*, cit., 893.



della condizione dell'esecuzione sembra significare questo: gli Stati sono in via di principio disposti a farsi carico delle esigenze del singolo, riconoscendo il *ne bis in idem* internazionale come strumento di garanzia individuale che implica una rinuncia alle maggiori *chances* repressive che derivano dalla molteplicità di pretese giurisdizionali sul medesimo fatto. Ma se la persona, così garantita e tutelata sul piano internazionale, soltanto prova a sottrarsi alla giustizia penale, allora non solo perde il beneficio della unicità del processo – e correlativamente si “riespande” il meccanismo della concorrenza delle giurisdizioni – ma essa rischia di vedersi condannata ad una pena maggiore di quella originariamente irrogata, come conseguenza del fatto che adesso a procedere è un altro ordinamento. Resta poi da vedere se alla base del rinnovamento del giudizio oltre a questa volontà sanzionatoria nei confronti del singolo non vi sia anche un'analoga volontà punitiva nei confronti dello Stato che, esercitando l'azione penale, ha impedito l'esercizio della giurisdizione agli altri Stati e, nonostante la fiducia accordatagli, non è stato in grado di eseguire la sentenza. Ma questa è una problematica che fuoriesce dall'economia del presente lavoro.

##### **5. Il *ne bis in idem* transnazionale quale riflesso dei cambiamenti in seno alla Comunità internazionale**

La distinzione del *ne bis in idem* transnazionale in tre sotto-principi (*ne bis in idem* estradizionale, esecutivo ed internazionale) sebbene abbia importanti risvolti sul piano pratico-applicativo, non sembra essere il frutto di meditate scelte di tipo dogmatico e sistematico; queste, piuttosto, sono venute in seguito, quasi a ratificare i risultati che emergevano dalla prassi internazionale e che palesavano una differente rilevanza del *ne bis in idem* nei rapporti tra gli Stati nelle diverse epoche storiche. Se questo è vero, non pare del tutto inesatto affermare che il contenuto precettivo assunto di volta in volta dal principio del *ne bis in idem* transnazionale trovi origine in diversi gradi di sviluppo delle relazioni inter-statali ed in differenti concezioni dello stesso fenomeno giuridico internazionale, di talché le tre articolazioni del principio altro non sono che il riflesso dei cambiamenti verificatisi in seno alla stessa comunità internazionale. E' in questa luce che, a nostro avviso, trova una spiegazione ragionevole il fatto che il *ne bis in*

*idem* esecutivo e quello estradizionale hanno da tempo trovato ampio riconoscimento a livello internazionale, mentre il *ne bis in idem* internazionale in senso stretto, non solo non costituisce un principio di diritto internazionale consuetudinario<sup>350</sup>, ma anche a livello pattizio ha trovato un'affermazione tardiva e comunque per lungo tempo solamente teorica, rimanendo sostanzialmente privo di efficacia per il numero di eccezioni cui era sottoposto e per lo scarso numero delle ratifiche dei trattati in materia.

Appurato dunque che il valore giuridico del *ne bis in idem* ha natura intrinsecamente "relativa" e la sua realizzazione si pone in termini di "grado" e non di assolutezza<sup>351</sup>, parrebbe anche che la soluzione accolta in materia di *ne bis in idem* si candidi a diventare un'importante cartina di tornasole dell'evoluzione del diritto internazionale, con particolare riferimento alla concezione della sovranità statale e del ruolo dell'ordinamento internazionale nella determinazione dell'ambito della giurisdizione penale degli Stati. In particolare, sembra che la piena affermazione del divieto di doppio processo sul piano internazionale costituisca il risultato dell'abbandono di una concezione vetero-positivistica del diritto internazionale, in base alla quale la competenza penale degli Stati sarebbe originaria e non derivata dal diritto internazionale, in favore di una contrapposta concezione solidaristica del fenomeno giuridico internazionale, secondo la quale l'ambito della giurisdizione statale sarebbe disciplinato da norme internazionali, che dunque costituirebbero il fondamento delle pretese punitive degli Stati<sup>352</sup>.

Si tratta a questo punto di analizzare più da vicino le due concezioni del diritto internazionale penale qui adesso richiamate. Successivamente, si procederà ad un'analisi delle conseguenze che l'accoglimento della concezione vetero-positivistica del diritto internazionale piuttosto che di quella solidaristica determina in punto di *ne bis in idem* transnazionale.

---

<sup>350</sup> Cfr. la sentenza della Corte Costituzionale 18 aprile 1967, n. 48, in *Giur. cost.*, 1967, 299 ss. dove si legge che "il divieto di estradizione è cosa ben diversa dal divieto di un secondo giudizio sullo stesso fatto".

<sup>351</sup> R. BARATTA, *Ne bis in idem, diritto internazionale e valori costituzionali*, cit., 27.

<sup>352</sup> Su queste contrapposte concezioni del diritto internazionale, con particolare riferimento alla problematica dei conflitti positivi di giurisdizione, cfr., per tutti, P. GAETA, *Il diritto internazionale e la competenza giurisdizionale degli Stati per crimini internazionali*, in AA.VV., *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, a cura di A. Cassese, M. Chiavario, G. De Francesco, Torino, 2005, 497 ss.

### 5.1. Due concezioni del diritto internazionale a confronto

Come accennato, secondo una risalente opinione, consacrata dalla nota pronuncia resa dalla (allora) Corte Permanente di Giustizia Internazionale nel caso *Lotus*<sup>353</sup>, la competenza penale degli Stati sarebbe originaria, non derivata dal diritto internazionale. Quest'ultimo non costituirebbe il fondamento della potestà punitiva nazionale ma si limiterebbe ad arginare la libertà altrimenti assoluta degli Stati, vietando l'esercizio della giurisdizione penale quando questo contrasta con i diritti degli altri Stati. Più precisamente, alla stregua di questa concezione di stampo vetero-positivistico<sup>354</sup>, l'ordinamento internazionale, mirando essenzialmente a garantire la pacifica coesistenza tra enti sovrani<sup>355</sup>, sarebbe improntato ad una logica permissivistica: esso non prevederebbe titoli di legittimità per l'esercizio della giurisdizione extraterritoriale, che dovrebbe pertanto presumersi lecito fintanto che non entra in conflitto con una specifica regola preclusiva vigente nel diritto internazionale. In via di principio, dunque, ogni Stato sarebbe libero di decidere dell'ampiezza della propria giurisdizione penale, estendendola anche a fatti privi di qualunque collegamento con esso, incontrando i soli limiti stabiliti dalle norme internazionali vigenti e in particolare dal principio di non ingerenza negli affari interni di altri Stati e dal rispetto dei diritti dell'uomo<sup>356</sup>. In breve: l'ampiezza della giurisdizione penale degli Stati

---

<sup>353</sup> Sentenza 7 settembre 1927, *The Case of the S.S. "Lotus"*, in *Publications of the Permanent Court of International Justice, Series A*, n. 10, 2 ss., ora reperibile in [www.worldcourts.com](http://www.worldcourts.com). In questa occasione, la Corte ha affermato che "far from laying down a general prohibition to the effect that States may not extend the application of their law and the jurisdiction of their courts to persons, property and acts outside their territory, it leaves them in this respect a wide measure of discretion which is only limited in certain cases by prohibitive rules; as regards other cases every State remains free to adopt the principles which it regards as best and most suitable. [...] In these circumstances, all that can be required of a State is that it should not overstep the limits which international law placet upon its jurisdiction; within these limits, its title to exercise jurisdiction rests in its sovereignty". Nell'ambito di una letteratura a dir poco imponente, cfr., tra gli altri, A. DI MARTINO, *La frontiera e il diritto penale*, cit., 68 ss., nonché, per un approccio critico alla lettura tradizionale della sentenza *Lotus*, P. GAETA, *Il diritto internazionale e la competenza giurisdizionale*, cit., 503 ss.

<sup>354</sup> Così, efficacemente, P. GAETA, *Il diritto internazionale e la competenza*, cit., 497 ss., cui adde F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 162.

<sup>355</sup> P. GAETA, *loc. cit.* e, più ampiamente, A. CASSESE, *Diritto internazionale*, a cura di P. Gaeta, Bologna, 2003, 32, che parla di un modello "groziano" delle relazioni internazionali.

<sup>356</sup> Per quanto concerne l'individuazione delle specifiche regole preclusive all'esercizio della giurisdizione penale, non si registra unanimità di vedute in dottrina, salvo il limite generale dato dal principio di non ingerenza, su cui, per tutti, P. GAETA, *National prosecution of international crimes: international rules on grounds of jurisdiction*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli, 2004, 1923 ss. Con riferimento al limite dettato dal rispetto dei diritti dell'uomo, cfr. T. TREVES, *La giurisdizione nel diritto penale internazionale*, Padova, 1973,

dipenderebbe in modo pressoché esclusivo dalle scelte di politica criminale degli Stati stessi, che spesso non disdegnano forme di autocelebrazione del proprio magistero punitivo<sup>357</sup>.

Se si accoglie questa concezione vetero-positivistica del diritto internazionale, che sottende una visione autoritaria dello Stato e l'idea di una sostanziale onnipotenza della legge nazionale<sup>358</sup>, i conflitti positivi di giurisdizione ed i connessi rischi di duplicazione dei giudizi non potrebbero trovare alcuna soluzione nel diritto internazionale, poiché quest'ultimo non avrebbe la possibilità di intervenire su quella che si configura come una tipica espressione della sovranità nazionale<sup>359</sup>. In particolare, poiché si muove dall'assunto che il diritto internazionale ha natura essenzialmente consensuale<sup>360</sup> e che, per tale ragione, esso si limiterebbe a porre limiti "esterni" alle scelte nazionali in tema di giurisdizione, non è ipotizzabile alcuna gerarchia tra i diversi interessi statuali alla repressione di un determinato fatto e l'unico sistema per risolvere concretamente il problema del conflitto tra pretese parimenti fondate sulla sovranità degli Stati è

---

250, e, di recente, A. DI MARTINO, *La frontiera e il diritto penale*, cit., 75 s., con richiami bibliografici.

<sup>357</sup> Analog. L. CORDI, *Il principio del ne bis in idem*, cit., 768.

<sup>358</sup> Cfr. P. GAETA, *Il diritto internazionale e la competenza*, cit., 497 ss., che evidenzia lo stretto collegamento tra la concezione vetero-positivistica del diritto internazionale, che muove da una nozione "fattuale" di sovranità ed "una concezione autoritaria dello Stato, considerato come realtà pregiudiziale e fondamento stesso del diritto"; analog., F. PALAZZO, *op.ult.cit.*, 162 s. In questo senso, già J. BASDEVANT, *Règles générales du droit de la paix*, in *Recueil des Cours*, 1936-IV, vol. 58, 595, secondo cui la concezione per cui ogni Stato è libero di determinare discrezionalmente la propria giurisdizione penale, a condizione di non violare le norme internazionali vigenti, "procède d'une notion autoritaire de l'Etat, considéré comme investi du plein pouvoir, créateur du droit, limité seulement par lui même. Cette conception découle historiquement de la tradition des monarchies absolues, qui s'est formée à partir du XVI<sup>e</sup> siècle, de l'idée de l'Etat princier, l'Etat s'identifiant avec la personne du prince ou plutôt n'étant que la chose du prince qui exerce sur lui sa souveraineté. Elle se rattache, dans l'ordre de la pensée, à la philosophie de Hegel et à l'idée, prise à la lettre, que l'Etat a la 'compétence de sa compétence' et que, dans cette *Competenz-Competenz*, se trouve le critère de l'Etat".

<sup>359</sup> Come ha chiarito efficacemente David R. Robinson illustrando la posizione statunitense sul tema (*Reflections on the Current State of "Extraterritoriality" or Conflict of Jurisdiction*, discorso del 2 novembre 1984 di fronte all'American branch della International Law Association, richiamato da M. BOS, *The extraterritorial Jurisdiction of States*, Preliminary Report and Final Report, in 65 *Ybk Int'l L.*, 1993, I, 39) i conflitti di giurisdizione "are a fact of life that needs to be managed but cannot be completely avoided".

<sup>360</sup> A. BIANCHI, *L'applicazione extraterritoriale dei controlli all'esportazione*, Padova, 1995, 45, che significativamente richiama un noto *dictum* della sentenza *Lotus*: "International law governs relations between independent States. The rules of law binding upon States therefore emanate from their own will as expressed in conventions or by usages generally accepted as expressing principles of law and established in order to regulate the relations between co-existing independent communities or with a view to achievement of common aims. Restrictions upon the independence of States cannot therefore be presumed".

quello di un bilanciamento di natura equitativa<sup>361</sup>. Ma si tratta, va da sé, di una soluzione solamente eventuale, che dipende dal rispetto di regole di “cortesia internazionale”<sup>362</sup> e quindi dai rapporti di forza tra Stati, che non sottende né un dovere, in capo al singolo Stato, di astenersi dall’esercizio della giurisdizione, né, tanto meno, un corrispondente diritto, in capo al singolo individuo, a non essere giudicato più volte per il medesimo fatto. Infine, da questa visione “atomistica” ed autoritaria della sovranità statale, deriva l’impossibilità di ricondurre il divieto di doppio giudizio al novero dei diritti dell’uomo, come tale operante *erga omnes*, anche nei rapporti internazionali; ed invero, il *ne bis in idem* internazionale, costituendo un mezzo di riparto di giurisdizioni non può trovare alcuna cittadinanza in questa concezione del diritto internazionale.

Sebbene la concezione del diritto internazionale adesso descritta rispecchi l’opinione tuttora dominante in ambito europeo ed internazionale<sup>363</sup>, a questa visione se ne contrappone una di segno opposto, talvolta definita “solidaristica”, secondo la quale l’idea della *Kompetenz-Kompetenz* degli Stati in materia di giurisdizione penale non rispecchierebbe più la realtà delle relazioni internazionali poiché le pretese giurisdizionali nazionali troverebbero fondamento in un’apposita norma di attribuzione internazionale<sup>364</sup>. In questa più moderna visione delle relazioni internazionali, la potestà punitiva degli Stati non sarebbe pertanto originaria, ma derivata dall’ordinamento internazionale, che assumerebbe su di sé il ruolo di apprestare una disciplina della “vita di cooperazione dei membri della comunità internazionale, in chiave anche solidaristica”<sup>365</sup>. E poiché “*a State’s jurisdiction is subject to International law*”<sup>366</sup>, l’esercizio della giurisdizione statale necessiterebbe di un ragionevole titolo di legittimazione derivante

<sup>361</sup> A. BIANCHI, *L’applicazione extraterritoriale*, cit., 46.

<sup>362</sup> Ad esigenze di *comity and self-restraint* si richiama anche David R. Robinson nel suo discorso del 2 novembre 1984 di fronte all’American branch della International Law Association, richiamato da M. BOS, *The extraterritorial Jurisdiction*, cit., 39.

<sup>363</sup> Cfr. A. DI MARTINO, *La frontiera e il diritto penale*, cit., 72, che parla di una *communis opinio*.

<sup>364</sup> F. A. MANN, *The Doctrine of Jurisdiction in International Law*, in *Recueil des Cours*, 1964-I, vol. 111, 26 s., con ampi richiami bibliografici, nonché P. GAETA, *Il diritto internazionale e la competenza giurisdizionale*, cit., 497 ss.

<sup>365</sup> P. GAETA, *Il diritto internazionale e la competenza giurisdizionale*, cit.,...

<sup>366</sup> Così M. BOS, *The extraterritorial Jurisdiction of States (Preliminary Report and Final Report)*, cit., 14.

dall'ordinamento giuridico internazionale, che il singolo Stato ha l'onere di provare<sup>367</sup>.

Si assiste in questo modo all'evoluzione del concetto stesso di sovranità nazionale, che assume un carattere propriamente "giuridico", per cui i diritti e gli obblighi ad essa relativi sarebbero sempre determinati o determinabili dall'ordinamento giuridico internazionale<sup>368</sup>; ma soprattutto, questa visione conduce ad un sostanziale capovolgimento delle conclusioni cui perveniva la concezione vetero-positivistica prima tratteggiata: non solo l'ambito della giurisdizione penale nazionale sarebbe stabilito e disciplinato dal diritto internazionale, che costituirebbe dunque la fonte delle pretese punitive degli Stati, ma, in conseguenza di ciò, sarebbe sempre possibile prevenire e risolvere i conflitti positivi di giurisdizione tra gli Stati<sup>369</sup>. Ed invero, se si muove dall'idea che le pretese giurisdizionali degli Stati trovano fondamento nel diritto internazionale, diventa del tutto legittimo sostenere che l'ordinamento internazionale, piuttosto che limitarsi ad attribuire, una volta per tutte, la potestà punitiva agli Stati nazionali, ne disciplini anche l'esercizio, individuando un ordine di priorità rispetto alle diverse e concorrenti pretese giurisdizionali degli Stati<sup>370</sup>.

L'adozione di una nozione "giuridica" di sovranità nazionale determinerebbe inoltre una sensibile riduzione della giurisdizione penale dei singoli Stati, per cui l'esercizio extraterritoriale della potestà punitiva costituirebbe un'eccezione ammessa e disciplinata dal diritto internazionale, anziché la regola<sup>371</sup>. Non solo:

---

<sup>367</sup> Cfr. L. CORDÌ, *Il principio del ne bis in idem*, cit., 768 ss.

<sup>368</sup> P. GAETA, *Il diritto internazionale e la competenza giurisdizionale*, cit., 499; si v. anche M. KOSKENNIEMI, *The Politics of International Law*, in *European Journal of International Law*, 1990, vol. I, in particolare 14, che evidenzia la distanza che corre tra una "pure fact view" ed una "legal view" della sovranità statale.

<sup>369</sup> In questo senso il *Libro verde sui conflitti di giurisdizione e il principio del ne bis in idem nei procedimenti penali*, cit., 3.

<sup>370</sup> P. GAETA, *Il diritto internazionale e la competenza giurisdizionale*, cit., in particolare, 509 s.

<sup>371</sup> Cfr. sul punto, P. GAETA, *Il diritto internazionale e la competenza giurisdizionale*, cit., 499, secondo la quale "la concezione dello Stato che informa questa visione della sovranità, in questo caso, è quella dello Stato moderno, non più identificato con il monarca assoluto, ma concepito come raggruppamento umano stanziato su una data porzione di territorio e dotato di un'organizzazione politica. In questa prospettiva, l'ambito di esercizio dell'azione penale – in linea di principio – è limitato ai fatti commessi sul territorio dello Stato, a meno che regole internazionali non contemplino un ampliamento delle pretese punitive degli Stati sulla base di criteri extra-territoriali". Nello stesso senso, J. BASDEVANT, *Règles générales du droit de la paix*, cit., 595-596.

una volta ammessa la possibilità di individuare, in base alle norme internazionali vigenti, principi giurisdizionali prioritari, alla cui stregua risolvere i conflitti, si eliminerebbero in radice gli stessi presupposti di una duplicazione delle pretese punitive a carico di un medesimo individuo. Infine, se si riconosce la possibilità – e prima ancora l’opportunità – di risolvere i conflitti di giurisdizione alla stregua di norme di diritto internazionale, non sembrano sussistere ostacoli al riconoscimento del divieto di doppio processo quale diritto fondamentale del cittadino, capace di tutelare il singolo individuo ogni volta che i meccanismi di riparto della giurisdizione non sono stati in grado di funzionare.

Ciò detto su queste contrapposte concezioni del diritto internazionale, si rende necessaria una duplice precisazione.

In primo luogo, premesso che non è questa la sede per prendere posizione nell’attuale dibattito sulla socialità del fenomeno giuridico internazionale e sulla reale plausibilità di questo nuovo approccio alle questioni inerenti alla giurisdizione<sup>372</sup>, preme nondimeno evidenziare che la visione “solidaristica” delle relazioni internazionali, tutt’oggi minoritaria, sembra riscontrare sempre maggiori consensi, segno, quantomeno, di un disagio sempre più diffuso nell’utilizzare le categorie giuridiche tradizionali per dare una sistemazione concettuale ai cambiamenti che l’internazionalizzazione del diritto ha determinato nelle diverse discipline giuridiche. La vastità dei contributi sul tema non consente qui che qualche rapido e sommario accenno. Sia sufficiente qui ricordare, oltre alla dottrina internazionalistica prima citata, l’affermazione di chi ritiene che “a partire dalla fine della Prima guerra mondiale, le ragioni della sovranità vengono progressivamente posposte, in una parte crescente del pensiero politico e giuridico, a quelle del “*rule of law*”, fino a configurare la stessa sovranità come la

---

<sup>372</sup> Cfr. per esempio P. WEIL, *International Law Limitations on State Jurisdiction*, in C.J. OLMSTEAD (a cura di), *Extra-territorial Application of Laws and Responses Thereto*, International Law Association, Oxford, 1984, 32 ss. che sottolinea come una visione “realistica” del fenomeno giuridico internazionale è quella che muove dall’assunto per cui gli Stati non percepiscono la propria competenza giurisdizionale come conferita dal diritto internazionale, ma ritengono che quest’ultimo si limiti a porre limiti esterni alla giurisdizione nazionale. Si v. sul punto anche P. GAETA, *Il diritto internazionale e la competenza giurisdizionale*, cit., 500 s., che evidenzia come la difformità di vedute sulla concezione della sovranità e del fenomeno giuridico internazionale non si registra soltanto nell’attuale elaborazione dottrinale, ma ha trovato recentemente manifestazione nella divisione all’interno della Corte Internazionale di Giustizia in relazione al caso della *Legittimità dell’arma nucleare*.

competenza dei singoli Stati definita e limitata dal diritto internazionale”<sup>373</sup>; sul versante penalistico, poi, parte della dottrina più recente non si sottrae alla possibilità che “lungi dall’esservi un’incondizionata libertà degli Stati nel determinare ciascuno a suo piacimento l’ambito spaziale di applicazione delle proprie leggi penali, vi sarebbe una specie di ‘legalità internazionale’ alla quale gli Stati sarebbero soggetti così come sono oggi vincolati ad una legalità costituzionale”<sup>374</sup>. Nondimeno, bisogna anche dare atto che il progressivo *revirement* della concezione del diritto internazionale in materia di conflitti di giurisdizione ha trovato fredda accoglienza in sede politica, stante il desiderio degli Stati di non pervenire ad una regolazione dei conflitti e di lasciare le cose come stanno<sup>375</sup>.

La seconda precisazione attiene invece alle due concezioni del diritto internazionale adesso sommariamente tratteggiate. In particolare, preme evidenziare come tanto la concezione vetero-positivistica che quella solidaristica costituiscono due paradigmi astratti, e a loro modo “assolutizzanti”, delle possibili relazioni esistenti tra potestà giurisdizionale degli Stati ed ordinamento giuridico internazionale; esse tuttavia non escludono la possibilità di configurare modelli intermedi, capaci di mediare tra le opposte soluzioni per meglio adattarsi alla situazione concreta<sup>376</sup>. In altre parole, fermo restando che la giurisdizione penale degli Stati può essere pensata soltanto come originaria *oppure* come derivata dal diritto internazionale, questo non esclude che teoricamente e, soprattutto, storicamente possano esistere situazioni ibride, in cui la possibilità che norme internazionali risolvano i conflitti positivi di giurisdizione non è esclusa in assoluto ma ammessa in alcune ipotesi circoscritte. Ed invero, si potrebbe immaginare un meccanismo di riparto tra competenze punitive nazionali capace di operare soltanto “ad intermittenza”, quando concorrono alcuni fra i possibili

---

<sup>373</sup> G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità*, cit., 64.

<sup>374</sup> F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 163.

<sup>375</sup> Così M. BOS, *The extraterritorial Jurisdiction of States*, cit., 39: “The prospect for codification does not appear to be too bright, therefore, and the less since one of the chief participants in the debate of extraterritoriality, the United States of America, would prefer to leave things mostly as they are, and to rely on the *Lotus* principle”.

<sup>376</sup> Seppure in una prospettiva parzialmente differente, attenta dottrina (A. DI MARTINO, *La frontiera e il diritto penale*, cit., in particolare 89 ss.) ha recentemente evidenziato come la problematica dei conflitti di giurisdizione può essere meglio risolta in una prospettiva funzionale, evitando di stabilire un’unica gerarchia astratta tra criteri giurisdizionali e facendo, di volta in volta, riferimento al tipo di illecito e alle circostanze concrete della sua commissione.



criteri giurisdizionali e non altri, oppure quando l'attività giurisdizionale è volta alla repressione di determinati reati, rispetto ai quali è meno forte l'interesse dello Stato alla punizione "in proprio" dell'illecito<sup>377</sup>.

Inoltre, nulla esclude che la risoluzione dei conflitti positivi di giurisdizione alla stregua del diritto internazionale possa essere subordinata alla matrice internazionale dell'illecito o, quantomeno, ad un adeguato livello di armonizzazione delle fattispecie incriminatrici nazionali. Del resto, si è autorevolmente sostenuto, mentre la matrice internazionalistica dei *crimina iuris gentium* e le ragioni sottese alla nascita ed all'evoluzione di queste fattispecie criminose contrastano palesemente con il principio permissivistico enunciato dalla Corte di giustizia nella sentenza *Lotus*, per quanto concerne i reati comuni "l'impostazione vetero-positivistica può anche apparire convincente, poiché la questione dell'ambito di estensione delle pretese giurisdizionali di uno Stato riguarderebbe unicamente [...] comportamenti individuali cui lo Stato del foro, nel pieno esercizio delle proprie competenze sovrane, ha discrezionalmente attribuito un disvalore di rilevanza penale"<sup>378</sup>. In quest'ultimo caso, dunque, stante l'assoluta discrezionalità delle scelte incriminatrici, può essere ragionevole affermare che le norme internazionali non abbiano alcun interesse a disciplinare direttamente l'ampiezza della potestà repressiva degli Stati, limitandosi a garantire che l'esercizio della giurisdizione penale da parte di un ordinamento non sia in contrasto con i diritti riconosciuti agli altri membri della Comunità internazionale<sup>379</sup>. Resta tuttavia da stabilire se davvero gli unici reati rispetto ai quali sussiste sia un interesse internazionale alla repressione che un grado elevato di uniformità normativa siano solamente i *crimina iuris gentium*, come questa dottrina sembra implicitamente affermare. Ed invero, come avremo modo di evidenziare nel prosieguo dell'indagine, alcuni recenti convenzioni in materia di

---

<sup>377</sup> Cfr. art. 55.1 CAAS lett. b) e c), dove si prevede una possibile deroga all'efficacia del *ne bis in idem* quando i fatti oggetto della sentenza straniera "costituiscono un reato contro la sicurezza o contro altri interessi egualmente essenziali di quella Parte contraente" o "quando i fatti oggetto della sentenza straniera sono stati commessi da un pubblico ufficiale di quella Parte contraente in violazione dei doveri del suo ufficio". Sul punto, per tutti, J. P. PIERINI, *Territorialità europea, conflitti di giurisdizione e ne bis in idem*, in AA.VV., *L'area di libertà, sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, Atti del Convegno svoltosi a Catania, Villa Cerami, 9-11 giugno 2005, a cura di T. Rafaraci, Milano, 2007, 128 s.

<sup>378</sup> P. GAETA, *Il diritto internazionale e la competenza giurisdizionale*, cit., 508, corsivi aggiunti.

<sup>379</sup> P. GAETA, *loc. ult. cit.*

criminalità transnazionale e soprattutto la produzione normativa che caratterizza la costruzione dello spazio europeo di giustizia, libertà e sicurezza, sembrano muovere da premesse ben più vicine alla concezione solidaristica del diritto internazionale che a quella c.d. vetero-positivistica.

## **5.2. Il *ne bis in idem* transnazionale nella concezione c.d. vetero-positivistica del diritto internazionale**

Passando adesso ad analizzare le conseguenze che l'accoglimento della concezione vetero-positivistica del diritto internazionale determina in materia di *ne bis in idem* transnazionale, queste possono essere così sintetizzate: poiché non è possibile sancire alcuna priorità tra le pretese giurisdizionali degli Stati – giacché questo significherebbe preferire la libertà di uno Stato a quella di un altro<sup>380</sup> – non è ipotizzabile, già in una prospettiva *ex ante*, nessuna soluzione dei conflitti positivi di giurisdizione ed il rischio di *bis in idem* è destinato a permanere come costante del panorama giuridico internazionale. In secondo luogo, non è neppure immaginabile una soluzione del conflitto *ex post*, attraverso il riconoscimento del divieto di doppio processo come diritto fondamentale dell'individuo, poiché questo si risolverebbe comunque nell'introduzione di un principio di coordinamento tra diverse potestà punitive nazionali e dunque nel disconoscimento delle premesse di fondo di questa concezione del diritto internazionale. Infine, poiché questa impostazione permissivistica è incompatibile con l'operatività del *ne bis in idem* internazionale, le istanze di tutela individuale sono rimesse esclusivamente all'efficacia dei diversi principi del *ne bis in idem* estradizionale ed esecutivo.

Da questa visione autoritaria della sovranità statale, derivano dunque importanti conseguenze sul piano delle garanzie dei diritti individuali e, segnatamente, l'impossibilità di ricondurre il divieto di doppio giudizio al novero dei diritti dell'uomo, come tale operante *erga omnes*, anche nei rapporti internazionali. Il mancato riconoscimento del *ne bis in idem* internazionale nella

---

<sup>380</sup> Sul punto, cfr. J. BASDEVANT, *Règles générales du droit de la paix*, in *Recueil des Cours*, cit., 475 ss. e 599-603 e le puntuali osservazioni di A. BIANCHI, *L'applicazione extraterritoriale dei controlli all'esportazione*, cit., 46 s., nonché P. GAETA, *Il diritto internazionale e la competenza*, cit., 509.

concezione vetero-positivistica sembra costituire una conseguenza della stretta correlazione esistente tra la *dimensione politica* dei conflitti di giurisdizione ed i *risvolti soggettivi* degli stessi: una volta negata la solvibilità del conflitto, è preclusa anche l'integrale presa in considerazione delle conseguenze negative – per i singoli individui – della molteplicità di pretese punitive nazionali concorrenti su di un medesimo fatto. Ed infatti, come accennato in precedenza, l'eventuale riconoscimento del *ne bis in idem* internazionale come diritto fondamentale dell'individuo, mentre porrebbe un limite all'esercizio della giurisdizione nazionale, rispondendo così alle esigenze di tutela della persona umana, solleverebbe molti problemi sul piano dei rapporti interstatuali, conducendo ad una soluzione poco razionale ed in contrasto con le premesse da cui muove questa concezione delle relazioni internazionali. In particolare, l'affermazione del *ne bis in idem* internazionale, in assenza di qualsivoglia gerarchia tra i criteri di esercizio della giurisdizione, non solo condurrebbe alla esclusiva affermazione della logica del “primo arrivato, primo servito”, ma si risolverebbe nell'introduzione di un criterio di riparto di giurisdizioni nazionali e di coordinamento tra le stesse<sup>381</sup>, che, seppure operante *ex post facto*, nondimeno contrasterebbe con la concezione autoritaria dello Stato che sorregge questa visione del fenomeno giuridico internazionale.

Il mancato riconoscimento del *ne bis in idem* internazionale nella concezione vetero-positivistica è inoltre del tutto coerente con lo scarso peso delle soggettività individuali che caratterizza il diritto internazionale “classico”. In particolare, questo approccio ai problemi relativi ai conflitti di giurisdizione ed al connesso pericolo di *bis in idem* sembra ispirato all'antica massima “*ne delicta manean impunita*” e, con ciò, ad una logica prettamente funzionalista di subordinazione degli interessi del singolo a quelli della Comunità internazionale, qui intesi come “sommatoria” delle istanze di tutela proprie dei singoli ordinamenti nazionali; ed invero, di fronte all'esigenza di garantire un'efficace risposta sanzionatoria a fatti che interessano più ordinamenti nazionali, la molteplicità di pretese punitive concorrenti sul medesimo fatto si legittima, nella prospettiva internazionalistica, come condizione che aumenta le *chances* di

---

<sup>381</sup> Analog., H. THOMAS, *Das Recht auf Einmaligkeit der Strafverfolgung*, cit., in particolare 113 ss; A. DI MARTINO, *La frontiera e il diritto penale*, cit., 91.

repressione degli illeciti ed il rischio di una duplice persecuzione del medesimo reato degrada a mero “effetto collaterale” giustificato dalle superiori esigenze di tutela<sup>382</sup>. In questa prospettiva, dunque, l’attribuzione di efficacia preclusiva al giudicato estero non può essere in alcun modo prevista da norme internazionali, ma solo, eventualmente, dalle legislazioni penali dei singoli Stati, quale atto di auto-limitazione del magistero punitivo nazionale nel segno del rispetto dei diritti dell’uomo.

Sul piano tecnico-giuridico, poi, la stretta correlazione esistente tra questa concezione vetero-positivistica del diritto internazionale e l’affermata impossibilità di riconoscere il *ne bis in idem* internazionale, trova espressione nell’idea che la preclusione processuale, una volta applicata sul piano internazionale, mancherebbe del suo presupposto fondamentale, vale a dire l’identità di “parti” nel rapporto processuale *de qua*. Ed infatti, i detrattori dell’efficacia preclusiva della *res judicata* estera, e quindi del riconoscimento del *ne bis in idem* internazionale, muovono dal principio secondo cui “*la chose jugée n’existe que si notamment les parties sont les même*”<sup>383</sup>, per concludere che la preclusione processuale non avrebbe ragion d’essere laddove la *partie publique* che intende procedere “in idem” non è la stessa che ha già esercitato l’azione penale<sup>384</sup>.

Far leva sul requisito della “identità di parti” del rapporto processuale altro non significa che escludere l’operatività del divieto di *bis in idem* ogni volta in cui questo sarebbe destinato ad operare *nonostante* lo Stato in questione non abbia ancora esercitato l’azione penale, consumandola<sup>385</sup>. Questa obiezione all’efficacia

---

<sup>382</sup> Questa esigenza, va da sé, è particolarmente sentita nel caso di crimini internazionali; si v. sul punto le puntuali osservazioni di S. ZAPPALÀ, *L’universalità della giurisdizione e la Corte penale internazionale*, in AA.VV., *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, a cura di A. Cassese, M. Chiavario, G. De Francesco, Torino, 2005, 559.

<sup>383</sup> Così TRAVERS, *Les effets internationaux des jugements repressifs*, in *Recueil des Cours de l’Académie de droit international de La Haye*, 1924, III, 458 s., che prosegue: “Cette condition n’est réalisée, au cas de procédures, que si elles sont successivement intentées dans le même Etat. S’il n’en est pas ainsi, la partie publique n’est pas la même; toute exception de chose jugée cesse d’être fondée”. Sul punto anche L. CORDI, *Il principio del ne bis in idem*, cit., 773,

<sup>384</sup> TRAVERS, *loc. ult. cit.*

<sup>385</sup> Cfr. sul punto N. GALANTINI, *Il principio del “ne bis in idem”*, cit., 2, che individua proprio nella inapplicabilità del concetto di consumazione penale al *ne bis in idem* internazionale una delle differenze fondamentali tra la preclusione processuale operante a livello interno e quella operante sul piano internazionale; l’A. sottolinea inoltre che “il concetto di consumazione dell’azione

del *ne bis in idem* internazionale sembra pertanto dare veste dogmatica a quelle preoccupazioni di stampo schiettamente politico volte a configurare i singoli Stati che compongono l'ordinamento internazionale come monadi impermeabili le une alle altre, in modo del tutto coerente con la concezione vetero-positivistica del diritto internazionale<sup>386</sup>. La premessa di tutto il discorso, infatti, è che le scelte punitive dei singoli Stati non dispiegano alcuna rilevanza negli altri ordinamenti e la consumazione dell'azione penale, dal punto di vista dello Stato "arrivato secondo", semplicemente non sussiste; in altre parole, poiché quest'ultimo Stato non ha esercitato l'azione penale, quale sua prerogativa originaria e sovrana, non si può parlare, nei suoi riguardi, di una reiterazione della pretesa punitiva, attribuendo rilevanza al fatto che un altro ordinamento ha già provveduto alla repressione. Un eventuale divieto di procedere fondato sul *ne bis in idem* internazionale sarebbe pertanto visto come un'inaccettabile limitazione, da parte del diritto internazionale, della potestà punitiva nazionale, che, essendo originaria e non derivata dall'ordinamento internazionale, non può essere "sottratta" allo Stato prima che questo l'abbia esercitata<sup>387</sup>.

È evidente che, una volta negata l'esistenza dei presupposti applicativi della preclusione processuale, e segnatamente della consumazione dell'azione penale, diventa impossibile affermare l'esistenza del *ne bis in idem* quale diritto fondamentale che dell'individuo, che quest'ultimo può far valere anche quando a procedere è l'autorità giudiziaria di uno Stato diverso da quello in cui si è svolto il primo giudizio. Ma è altrettanto palese come ciò avvenga nonostante che i disagi connessi ad un secondo giudizio, l'obiettivo lesione delle istanze di certezza soggettiva ed il rischio di incorrere in una duplice condanna continuino a sussistere per i singoli individui.

---

penale [...] si presenta come espressione di un'esigenza decisamente interna avente come referente la delimitazione dei confini della vicenda giudiziaria (*lites finiri oportet*)".

<sup>386</sup> Sul punto anche L. CORDI, *Il principio del ne bis in idem*, cit., 773: "I tradizionali *refrains* costituiti dal principio di sovranità territoriale o dall'indipendenza territoriale degli ordinamenti (segnalata in ambito processuale dal diverso deuteragonista, *a lato creditoris*, di quello che con nomenclatura ormai *dépassée* si definisce rapporto giuridico processuale) offrono vesti formali al sentimento di diffidenza tra Stati, dettato talora da autarchia politico-giuridica".

<sup>387</sup> Il discorso è evidentemente diverso per quanto concerne la previsione, a livello internazionale, del *ne bis in idem* nazionale; in siffatte ipotesi, infatti, come evidenziato *supra*, Cap. I, para 7 ss., la preclusione processuale, ancorché derivante da una norma internazionale pattizia, operando nei confronti del medesimo Stato che ha esercitato l'azione penale, presuppone necessariamente la consumazione dell'azione penale da parte di quest'ultimo.

Il discorso sin qui svolto ci conduce pertanto ad una prima – parziale – conclusione: l'inefficacia del divieto di *bis in idem* nei rapporti tra ordinamenti giuridici diversi non è una verità di ragione né, tanto meno, una sorta di prezzo da pagare per assicurare una coerenza logico-sistematica agli istituti del processo, come invece qualche autore vorrebbe far credere<sup>388</sup>. Piuttosto, come tra l'altro dimostrano le sentenze della Corte Suprema statunitense in materia di efficacia del divieto di doppio processo nei rapporti tra i singoli Stati confederati e lo Stato federale, il riconoscimento o meno del *ne bis in idem* in questi casi costituisce il frutto di una ben precisa scelta ideologico-politica. Il mancato riconoscimento del *ne bis in idem* internazionale diventa così una delle espressioni più evidenti della visione assolutistica dello Stato e dei suoi poteri in materia penale cui è informata la concezione vetero-positivistica del diritto internazionale; ed invero, esso è il segno tanto della poca fiducia degli Stati nei rispettivi sistemi di giustizia penale che dello scarso peso che, in questa concezione, assume la tutela dei diritti dei singoli. Ed infatti, una volta messo fuori gioco il *ne bis in idem* internazionale, tutte le aspettative di tutela dei singoli vengono a dipendere dall'applicazione del *ne bis in idem* estradizionale ed esecutivo, quali unici principi di garanzia individuale realmente compatibili con gli interessi degli Stati.

In particolare, per quanto concerne il *ne bis in idem* estradizionale, la circostanza che esso opera nei soli confronti dello Stato detentore ha due conseguenze di assoluto rilievo nella prospettiva vetero-positivistica. Da un lato, poiché il principio in discorso vincola il solo Stato richiesto dell'extradizione, sul presupposto che quest'ultimo abbia già esercitato l'azione penale, esso non incontra i limiti, in punto di consumazione dell'azione penale, prima evidenziati con riferimento alla preclusione processuale ed insuperabili alla stregua della concezione vetero-positivistica; dall'altro lato, proprio in forza del fatto che l'azione penale è stata consumata dal solo Stato richiesto, il *ne bis in idem* estradizionale non dispiega alcuna efficacia nei confronti degli altri Stati, che mantengono dunque intatta la propria libertà di esercizio della giurisdizione penale, senza incontrare alcun limite – se non fattuale – alla duplicazione del giudizio. Per quanto poi riguarda il *ne bis in idem* esecutivo, la sua compatibilità

---

<sup>388</sup> TRAVERS, *loc.ult.cit.*

con la concezione vetero-positivistica del diritto internazionale è palese: operando proprio sul presupposto della mancata risoluzione del conflitto e della (possibile) duplicazione della pretesa punitiva, il principio in esame non pone alcun problema per quanto concerne l'assoluta affermazione della giurisdizione nazionale.

Va da sé che il riconoscimento di principi di garanzia nei ristretti limiti in cui questi sono compatibili con una visione autoritaria ed assolutistica della sovranità statale, e quindi la sostanziale subordinazione delle ragioni di tutela dell'individuo a quelle dello Stato, non è priva di costi, che emergono chiaramente se si pone mente alla natura parziale e precaria della garanzia dal rischio di *bis in idem* così apprestata in sede internazionale. Mentre infatti il riconoscimento del *ne bis in idem* internazionale offre una tutela a 360 gradi, sia il *ne bis in idem* estradizionale che quello esecutivo, com'è noto, si caratterizzano per il fatto di apprestare una tutela estremamente limitata e, soprattutto, in larga misura rimessa alla discrezionalità degli Stati. In particolare, per quanto concerne la garanzia da un doppio processo, l'unico principio che può trovare applicazione è, come dicevamo, il *ne bis in idem* estradizionale, che, come evidenziato qualche pagina addietro, assicura all'individuo una tutela precaria e meramente fattuale, peraltro dipendente dall'ampiezza del riconoscimento dell'efficacia negativa del giudicato interno nello Stato detentore. Per quanto concerne il rischio di una duplicazione della sanzione, oltre alla tutela "preventiva" offerta dal diniego di estradizione, il singolo può fare affidamento anche sul principio di compensazione; sennonché sono oltremodo noti i molti limiti di questa soluzione. Ed invero, la circostanza che il principio in esame, in modo del resto coerente con l'impostazione vetero-positivistica, costituisca solo un limite alla "eseguibilità" *in bis* della sentenza estera impedisce che esso possa realmente garantire un rapporto di congruità tra illecito e sanzione e l'entità dello scomputo di pena già scontata è sostanzialmente rimessa ad una scelta discrezionale dello Stato che ha proceduto *in idem*, di fronte alla quale l'imputato è privo di qualunque tutela giurisdizionale.

### **5.3. Il possibile riconoscimento del *ne bis in idem* internazionale come diritto fondamentale dell'individuo**

Venendo adesso ad esaminare le ricadute penalistiche della concezione solidaristica del diritto internazionale, ed in particolare le conseguenze in tema di *ne bis in idem*, queste sono a dir poco dirompenti: non solo le occasioni di conflitto di giurisdizione – ed i connessi rischi di duplicazione dei giudizi – sarebbero destinate a diminuire, fino ad annullarsi nell’ipotesi in cui il diritto internazionale vietasse l’esercizio extraterritoriale della potestà punitiva nazionale<sup>389</sup>, ma sarebbe sempre possibile risolvere i conflitti giurisdizionali tanto *ex ante*, attraverso l’individuazione di principi giurisdizionali prioritari, che *ex post*, attraverso la codificazione del *ne bis in idem* internazionale. Questa più moderna concezione del fenomeno giuridico internazionale, seppure non implica di per sé il riconoscimento del *ne bis in idem* internazionale, fornisce dunque le premesse ideologico-politiche necessarie per l’affermazione del divieto di doppio processo come prerogativa fondamentale dell’individuo, facendo sì che esso diventi una sorta di “diritto veicolare” capace di imporsi in una prospettiva *trans-nazionale*<sup>390</sup> anche quando i criteri preventivi di riparto di giurisdizioni non sono stati rispettati dagli Stati. Ed invero, legittimando la soluzione dei conflitti giurisdizionali ad opera del diritto internazionale, questa teoria legittima *ipso facto* anche la riconduzione del *ne bis in idem* al novero dei diritti umani fondamentali, impermeabili all’esistenza di barriere politiche e territoriali alla propria efficacia.

Inoltre, questo ribaltamento dei rapporti tra giurisdizioni nazionali ed ordinamento internazionale è capace di condurre al superamento delle obiezioni tradizionalmente mosse all’efficacia internazionale del giudicato penale e, in particolare, dell’idea che la preclusione processuale, una volta applicata su scala

---

<sup>389</sup> Cfr. sul punto, P. GAETA, *Il diritto internazionale e la competenza giurisdizionale*, cit., 499, secondo la quale “la concezione dello Stato che informa questa visione della sovranità, in questo caso, è quella dello Stato moderno, non più identificato con il monarca assoluto, ma concepito come raggruppamento umano stanziato su una data porzione di territorio e dotato di un’organizzazione politica. In questa prospettiva, l’ambito di esercizio dell’azione penale – in linea di principio – è limitato ai fatti commessi sul territorio dello Stato, a meno che regole internazionali non contemplino un ampliamento delle pretese punitive degli Stati sulla base di criteri extra-territoriali”. Nello stesso senso, J. BASDEVANT, *Règles générales du droit de la paix*, cit., 595-596.

<sup>390</sup> Cfr. S. SUR, *Vers une Cour pénale internationale : la Convention de Rome entre les ONG et le Conseil de sécurité*, in *Rev. gén. de dr. int. publ.*, 1999, 34 s.: “Les droits de l’homme sont en quelque sorte des droits véhiculaires, à vocation universelle, indépendants de tout ordre juridique déterminé et les concernant tous de façon égale [...] Ce sont des droits nomades, par opposition aux droits du citoyen qui sont des droits sédentaires”.



sovrnazionale, sarebbe destinata ad operare in assenza del suo necessario presupposto, vale a dire la consumazione dell'azione penale. Mentre questi rilievi sembrano difficilmente superabili nella logica vetero-positivistica, le cose cambiano notevolmente se si muove dalla premessa che le pretese giurisdizionali degli Stati non poggiano nel vuoto, ma trovano il proprio fondamento in un'apposita norma di attribuzione di origine internazionale; ed infatti, poiché è lo stesso diritto internazionale ad attribuire poteri e competenze punitive agli Stati, questo stesso potere, non originario ma derivato, potrebbe essere inteso come *ab origine* limitato dalla permanenza della potestà punitiva in capo alla Comunità internazionale, che, una volta che l'ha "consumata", non potrebbe più riappropriarsene trasferendola ad un diverso Stato senza violare un diritto fondamentale della persona umana.

Il *ne bis in idem* internazionale, il quale presuppone l'esercizio dell'azione penale da parte di uno *qualsiasi* degli appartenenti alla Comunità internazionale, configura pertanto un (possibile) limite "interno", strutturale, al potere punitivo dei singoli Stati, del tutto indifferente al fatto che il primo processo si sia svolto nel territorio dello Stato che intende procedere *in idem* o, invece, in un diverso Paese. L'efficacia del divieto di secondo processo nei rapporti tra ordinamenti giuridici diversi determina dunque un cambiamento del referente soggettivo della nozione di consumazione dell'azione penale, che non può più essere identificato nel singolo Stato ma nella Comunità internazionale nel suo complesso<sup>391</sup>; questo cambiamento, dunque, e non l'assenza di per sé della consumazione dell'azione penale, dà ragione della torsione funzionale che la preclusione processuale subisce una volta trasposta sul piano internazionale. Si può dunque continuare a ritenere, con la dottrina più autorevole, che la *res judicata*, tanto interna che "internazionale", sussiste solamente "*si les parties sont les même*"<sup>392</sup>: tale identità di parti non viene messa in forse dal *ne bis in idem* internazionale, potendosi invero identificare la "*partie publique*" con la stessa Comunità internazionale.

---

<sup>391</sup> Del resto, come sottolinea il giudice Bedjaoui nella sua opinione individuale al Parere della Corte internazionale di Giustizia dell'8 luglio 1996 nel caso *Legittimità dell'uso delle armi nucleari*, alla "substitution progressive d'un droit international de coopération au droit international classique de la coexistence" si accompagna "l'émergence du concept de « communauté internationale » et les tentatives parfois couronnées de succès de subjectivisation de cette dernière".

<sup>392</sup> Così TRAVERS, *Les effets internationaux des jugements répressifs*, cit., 458 s.

La distanza tra la concezione vetero-positivistica e quella solidaristica si coglie pertanto guardando al numero dei destinatari dell'obbligo internazionale diretto a garantire l'unicità del processo penale. Nella prospettiva vetero-positivistica, infatti, l'unico soggetto gravato da un dovere di *non facere* è lo Stato che ha già proceduto per i fatti oggetto della domanda di estradizione; rispetto a tutti gli altri Stati *diversi* da quello che ha già esercitato la giurisdizione penale, il *ne bis in idem* non opera. Di converso, nella prospettiva solidaristica, l'obbligo internazionale di *non facere* grava sulla collettività degli Stati; in questo caso, infatti, l'esercizio della giurisdizione penale da parte di uno qualsiasi degli Stati vincolati dal trattato fa sorgere un dovere di non instaurare un processo *in idem* in capo a tutti gli altri Stati. Alla classica *unilateralità* della disciplina estradizionale si sostituisce così la tendenziale *universalità* del riconoscimento di un diritto essenziale della persona umana.

Ciò detto, rimane fermo che l'adesione alla concezione solidaristica del fenomeno giuridico internazionale costituisce condizione necessaria ma non sufficiente per l'affermazione del *ne bis in idem* internazionale come diritto fondamentale dell'individuo. Ed invero, posto che la cifra del modello solidaristico sembra essere quella della subordinazione degli interessi punitivi nazionali alle superiori esigenze della comunità internazionale nel suo complesso, l'adozione di questo modello non conduce, di per sé, alla transizione da un diritto internazionale inteso come *Staatenrecht* ad un vero e proprio *Menscheitsrecht*<sup>393</sup>. In altre parole, la prospettiva solidaristica essendo espressione, *quantomeno*, di una solidarietà inter-statuale, offre tutte le condizioni politico-ideologiche necessarie affinché la logica dei diritti umani possa trovare piena affermazione; dall'altro lato, tuttavia, non si risolve necessariamente in una limitazione del diritto penale nazionale dettato dal rispetto dei diritti dell'uomo. La riconduzione del *ne bis in idem* internazionale al novero dei diritti fondamentali dell'individuo è dunque possibile, ma non necessitata, una volta che si muove dall'assunto secondo cui l'ambito della giurisdizione penale degli Stati è disciplinato dal diritto internazionale, che costituirebbe la fonte del potere punitivo nazionale.

---

<sup>393</sup> Cfr. A. EMMERICH-FRITSCH, *Vom Völkerrecht zum Weltrecht*, Berlin, 2007, *passim*.

Perché il diritto all'unicità del processo trovi pieno riconoscimento a livello internazionale è infatti necessario un chiaro impegno degli Stati in questo senso. Un impegno che passa innanzitutto attraverso il ravvicinamento delle legislazioni nazionali, che solo può fondare un livello tale di fiducia reciproca tra gli Stati da consentire l'operatività del principio del mutuo riconoscimento delle sentenze straniere<sup>394</sup>. Solo l'affinità contenutistica delle norme sostanziale e processuali consente una reale apertura al modo di essere dei sistemi punitivi stranieri e, con questa, l'accettazione degli esiti dell'attività giudiziaria estera, proprio in quanto espletata secondo regole tendenzialmente simili a quelle nazionali<sup>395</sup>. Affinché il principio del *ne bis in idem* cessi di essere un principio comune del diritto degli Stati per diventare un principio dello stesso diritto internazionale, diretto a regolare i rapporti tra gli Stati nel senso del riconoscimento dell'efficacia preclusiva del giudicato estero, è insomma necessario che all'approccio solidaristico che caratterizza questa più moderna concezione del diritto internazionale si accompagnino delle misure dirette a far sì che la fiducia negli ordinamenti penali esteri non sia solamente affermata a livello politico, ma sia, prima ancora, resa possibile ed "effettiva". In questa prospettiva, all'adozione di strumenti normativi diretti a garantire una sufficiente armonizzazione delle norme nazionali, si potrebbero accompagnare "misure d'accompagnamento pratiche", come ad esempio programmi di scambio tra le autorità giudiziarie, attività di formazione congiunta e programmi diretti a favorire l'acquisizione di competenze linguistiche da parte di procuratori e giudici dei diversi Stati<sup>396</sup>.

---

<sup>394</sup> Cfr. G. DE KERCHOVE, *Améliorations institutionnelles à apporter au titre VI du traité sur l'Union européenne afin d'accroître l'efficacité et la légitimité de l'action de l'Union européenne dans le domaine de sécurité intérieure*, in G. de Kerchove- A. Weyembergh (éd.), *Quelles réformes pour l'espace pénal européen ?*, Bruxelles, 2003, 31 : "[l]e principe de reconnaissance mutuelle requiert un degré élevé de confiance des autorités judiciaires dans la qualité de leurs ordres juridique respectifs. Une manière d'accroître cette confiance consiste à rapprocher progressivement le droit pénal matériel, mais aussi, et peut-être surtout, procédural des Etats membres."

<sup>395</sup> C. AMALFITANO, *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali nell'Unione europea*, cit., 181.

<sup>396</sup> La necessità di introdurre queste "misure di accompagnamento pratiche" al principio del mutuo riconoscimento è opportunamente evidenziata da C. AMALFITANO, *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento*, cit., 182.

#### **5.4. *Ne bis in idem* estradizionale ed esecutivo: tra perdita di significato e nuove prospettive funzionali**

L'adozione di una logica solidaristica, legittimando la previsione del *ne bis in idem* internazionale, ha importanti risvolti anche con riferimento al *ne bis in idem* estradizionale ed esecutivo; mentre infatti questi erano gli unici principi garantisti che potevano trovare cittadinanza nell'impostazione vetero-positivistica, nella contrapposta visione solidaristica del diritto internazionale, essi o perdono di autonomia pratico-applicativa, oppure subiscono un'evidente torsione funzionale, acquisendo nuovi e più articolati significati nel segno della rinnovata fiducia tra gli Stati e di una maggiore attenzione al rispetto dei diritti dell'uomo.

Secondo una prima linea di pensiero, si potrebbe ritenere che l'efficacia della preclusione processuale renda sostanzialmente inutile l'implementazione di questi diversi principi. Ed infatti, anche quando lo Stato detentore violasse, in maniera più o meno palese<sup>397</sup>, la regola posta dai trattati di estradizione, questo atto di compiacenza nei confronti del Paese richiedente non potrebbe comunque condurre all'instaurazione di un nuovo giudizio da parte di quest'ultimo, ostando a ciò il divieto stabilito in via autonoma dal *ne bis in idem* internazionale. Per quanto poi concerne il *ne bis in idem* esecutivo, anch'esso sembra perdere la propria ragion d'essere: è palese, infatti, che venendo meno la possibilità di un secondo giudizio, con questa è preclusa anche l'eventualità di una seconda sanzione per il medesimo fatto. Abbracciata questa logica "pragmatica", dunque, i principi in discorso perdono qualunque autonomia funzionale ed applicativa, esaurendo il proprio significato nel ribadire uno stato di cose comunque raggiunto per altre vie. Al più, si potrebbe ritenere che, alla stregua della concezione solidaristica, la funzione del *ne bis in idem* estradizionale ed esecutivo è quella di rafforzare l'efficacia della preclusione processuale: il primo renderebbe più difficoltosa, sul piano empirico-fattuale, l'instaurazione del processo che il *ne bis in idem* internazionale vieta a livello astratto e normativo; il secondo, potendo comportare l'inutilità, sul piano

---

<sup>397</sup> Com'è noto, molto spesso gli Stati, allorquando non possono o non vogliono utilizzare il procedimento di estradizione, ricorrono all'espulsione che viene a costituire una "estradizione mascherata"; cfr. sul punto, con particolare riferimento alla violazione delle disposizioni della CEDU, M. L. PADELLETTI, *Estradizione e convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 656 ss.

dell'esecuzione della sanzione, della seconda sentenza, costituirebbe una ragione in più perché gli Stati rispettassero il divieto di doppio giudizio.

Nonostante la plausibilità di questa prima impostazione teorica, essa non sembra l'unica soluzione possibile; come accennato, infatti, pare sussistere, anche all'interno della concezione solidaristica, la possibilità di ricavare un autonomo spazio applicativo al *ne bis in idem* estradizionale ed esecutivo. A questa conclusione si giunge se si muove dall'idea che la perdita di autonomia funzionale dei principi in esame non costituisce tanto l'effetto della previsione del *ne bis in idem* internazionale, quanto piuttosto la conseguenza dell'adozione di una concezione del fenomeno giuridico internazionale diametralmente opposta rispetto a quella dove *ne bis in idem* estradizionale ed esecutivo hanno storicamente trovato riconoscimento e *ratio essendi*. In particolare, se è indubitabile che questi principi, sviluppatisi al fine di limitare le conseguenze negative della duplicazione dei giudizi a livello internazionale, una volta venuta meno questo rischio non possono più assolvere alla loro tradizionale funzione, ciò non esclude che essi possano svolgere una *diversa* funzione, tutelando sotto diversi profili gli interessi dei singoli individui. Si può discutere poi se, in questa luce, possa continuare a parlarsi di *ne bis in idem* estradizionale ed esecutivo, ma il discorso rischierebbe di avviarsi verso uno sterile nominalismo: questa torsione funzionale infatti lascia immutati i tratti distintivi di entrambi i principi, che continuerebbero a differenziarsi dalla preclusione processuale per il fatto di creare un ostacolo meramente fattuale all'esercizio della giurisdizione penale o di evitare una duplicazione sanzionatoria.

Ebbene, prendendo le mosse dal *ne bis in idem* estradizionale, la sua previsione a livello pattizio potrebbe condurre ad una garanzia individuale più ampia, ancorché meno efficace, di quella prevista in via generale dal *ne bis in idem* internazionale. Più precisamente, posto che lo Stato richiesto dell'estradizione può opporre l'*exceptio rei judicatae* alle stesse condizioni previste dal codice di rito per il giudicato penale interno, l'applicazione del *ne bis in idem* estradizionale potrebbe risolversi in un impedimento fattuale alla instaurazione del secondo giudizio, anche quando questa fosse del tutto legittima alla stregua del divieto di doppio processo vigente in ambito internazionale. In

altri termini, la tradizionale unilateralità della disciplina estradizionale potrebbe offrire al singolo individuo uno spettro di tutela maggiore di quello che i trattati in materia di *ne bis in idem* internazionale, in un dato momento storico, prevedono, e questo avverrebbe ogni volta in cui la preclusione processuale vigente nello Stato di rifugio avesse un'ampiezza maggiore di quella accolta con riferimento al *ne bis in idem* internazionale.

D'altra parte, non si possono sottacere i limiti di questa soluzione. Ed infatti l'autonomia applicativa del *ne bis in idem* estradizionale rischia di porsi in contrasto con quella solidarietà interstatuale che pure caratterizza questa più moderna concezione del diritto internazionale; ed invero, la mancata consegna dell'estradando giustificata dal previo esperimento del giudizio, rischia di mettere in forse quel complesso equilibrio tra tutela dei diritti dell'uomo ed istanze di sovranità nazionale che la comunità internazionale ha interesse a raggiungere attraverso il riconoscimento del *ne bis in idem* internazionale. In altre parole, ritenere che il *ne bis in idem* estradizionale continui a mantenere la propria autonomia applicativa anche una volta che il divieto di doppio processo ha trovato una specifica disciplina a livello internazionale, significa accettare il rischio che il riparto di giurisdizioni apprestato dal *ne bis in idem* internazionale venga di fatto vanificato dalla mancata concessione dell'estradizione.

Per quanto concerne il *ne bis in idem* esecutivo, quest'ultimo è tradizionalmente configurato come *Anrechnungsprinzip* (o principio di compensazione), diretto a garantire la "presa in considerazione" della pena già scontata all'estero; la sua operatività è pertanto quasi matematica: una volta operata la conversione della pena estera nella specie di pena "nazionale" corrispondente, la persona condannata dovrà scontare una pena pari alla differenza esistente tra la sanzione irrogata dal secondo giudice e quella già espiata. Il principio in discorso, storicamente, configura un limite all'esecuzione della sentenza nazionale, dettato da ragioni di equità, prima ancora che di proporzionalità tra illecito e sanzione.

Ebbene, il riconoscimento del *ne bis in idem* esecutivo accanto al *ne bis in idem* sostanziale potrebbe condurre ad una sua trasfigurazione funzionale; in particolare si potrebbe guardare al *ne bis in idem* esecutivo come alla

trasposizione, su scala sopranazionale, del *ne bis in idem* sostanziale operante a livello interno. Del resto, sembra sussistere una parziale convergenza tra i due principi per quanto riguarda i rispettivi esiti applicativi. Sebbene *ne bis in idem* sostanziale ed esecutivo operino in maniera necessariamente difforme – il primo “a monte”, per così dire, potendo costituire un limite di efficacia della norma nazionale, precludendone l’applicazione; il secondo “a valle”, nella fase di esecuzione della sentenza, imponendo la detrazione della pena già scontata all’estero – si assiste alla produzione di effetti quantomeno analoghi. In particolare, il *ne bis in idem* esecutivo, pur non potendo impedire l’applicazione della norma nazionale, ne paralizza gli effetti, per così dire, facendo sì che il singolo individuo non subisca mai che la più grave delle pene legalmente possibili, operando per le minori il principio dell’assorbimento<sup>398</sup>. In questo modo il riconoscimento del *ne bis in idem* esecutivo si risolve nell’affermazione che, anche a livello internazionale, la pena per un unico fatto non può che essere unica<sup>399</sup>.

Si potrebbe pertanto ritenere che il *ne bis in idem* esecutivo ogni volta che opera accanto – anziché in alternativa – al *ne bis in idem* internazionale, assolve a due funzioni. La prima si sostanzia nell’evitare un cumulo sanzionatorio ogni volta in cui gli Stati non rispettano il *ne bis in idem* internazionale pur sussistendone i presupposti; in questo caso il principio sostanziale garantisce l’assorbimento della pena meno grave tra quelle irrogate dai diversi giudici nazionali. Si tratta qui di un utilizzo del *ne bis in idem* esecutivo quale surrogato del *ne bis in idem* internazionale, in maniera analoga a quanto si è storicamente verificato alla luce della concezione vetero-positivistica del fenomeno giuridico internazionale; il principio in discorso serve a “limitare i danni” derivanti dal mancato rispetto del divieto di doppio giudizio.

---

<sup>398</sup> Analog., TRAVERS, *Les effets internationaux des jugements répressifs*, cit., 460 ss.: “il ne faut pas dépasser ce qu’exige la protection sociale de chaque État intéressé [...] En conséquence, la peine, prononcée et accomplie dans un État, doit être défalquée de celle qui est ultérieurement infligée dans un autre. De cette façon, le délinquant ne subit jamais en fin de compte que la plus grave de toutes les pénalités légalement possibles”.

<sup>399</sup> Spunti in questo senso in Cass., sez. III, 81/150448 (cit. da E. DOLCINI, *sub* art. 138, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di Crespi-Stella-Zuccalà, Padova, 2003, 556 s.), dove la Corte, in merito al fondamento politico-criminale dell’art. 138 c.p., che codifica il *ne bis in idem* esecutivo nell’ordinamento italiano, ha affermato che esso esprime “un’esigenza di elementare razionalità”, in base alla quale “la giurisdizione penale su una condotta umana non può essere che unica”.

La seconda funzione del *ne bis in idem* esecutivo potrebbe invece ritenersi aggiuntiva rispetto a quella esplicita dalla preclusione processuale; in particolare, il principio in parola imporrebbe la detrazione della pena già scontata ogni volta in cui, pur non sussistendo i presupposti applicativi del divieto di doppio giudizio, l'esecuzione di entrambe le sanzioni si palesasse come iniqua. In questa prospettiva, la nozione di *idem* rilevante per l'applicazione del principio di compensazione sarebbe diversa dalla nozione di *idem* rilevante ai fini della preclusione processuale. Sono evidenti tuttavia le molte obiezioni che l'accoglimento di quest'ultima visione del *ne bis in idem* esecutivo potrebbe incontrare. Da un lato, infatti, vi è la difficoltà di raffrontare norme giuridiche appartenenti a diversi ordinamenti; dall'altro, e soprattutto, in questa prospettiva il massimo edittale verrebbe stabilito dallo stesso diritto internazionale, con buona pace delle istanze di sovranità nazionale.



### CAPITOLO III

#### IL *NE BIS IN IDEM* NEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

SOMMARIO: 1. Gli attuali strumenti giuridici di risoluzione dei conflitti giurisdizionali. – 2. Il ruolo di Eurojust nella prevenzione e soluzione dei conflitti positivi di giurisdizione. – 2.1. Le *Guidelines* approvate da Eurojust. – 2.2. L'individuazione dell'autorità giudiziaria *mieux placé*. – 3. Il riconoscimento del divieto di doppio processo: *work in progress*. – 3.1. L'art. 54 CAAS e la sua introduzione nel diritto dell'Unione. – 3.2. La condizione dell'esecuzione prevista dall'art. 54 CAAS. – 3.3. Le eccezioni previste dall'art. 55 CAAS. – 4. Il *ne bis in idem* configurante un limite alla cooperazione interstatuale. – 5. Il *ne bis in idem* esecutivo. – 5.1. La parziale convergenza funzionale degli artt. 54 e 56 CAAS. – 5.2. L'ambito applicativo del principio di compensazione sancito dalla CAAS. – 6. Prospettive *de iure condendo*: il Programma dell'Aia e i progetti di codificazione di sistemi di allocazione di giurisdizione. – 6.1. La tutela dai rischi di *bis in idem* nello spazio europeo di giustizia, libertà e sicurezza: il Programma dell'Aia. – 6.2. La proposta di decisione quadro della Grecia. 6.3. Il Libro verde pubblicato dalla Commissione Europea. – 6.3.1. La creazione di un meccanismo per la scelta della giurisdizione. – 6.3.2. Il ruolo delle persone interessate ed il controllo giurisdizionale. – 6.3.2. Il *ne bis in idem* ed il rafforzamento del principio del mutuo riconoscimento

#### **1. Gli attuali strumenti giuridici di risoluzione dei conflitti giurisdizionali**

Com'è noto, ancora oggi l'Unione europea non è riuscita a dotarsi di un sistema di riparto delle competenze giurisdizionali penali tra gli Stati membri. La mancanza di un accordo volto alla regolamentazione dei conflitti giurisdizionali ha fatto sì che, per molto tempo, gli sforzi volti ad evitare una duplicazione dei procedimenti trovassero espressione solo in via episodica, attraverso l'inclusione di norme *ad hoc* in trattati di cooperazione giudiziaria concernenti particolari categorie di reati. Queste norme, attraverso le quali gli Stati membri dell'Unione consentono l'attivazione di meccanismi di consultazione e coordinamento tra le autorità giudiziarie, se un tempo avevano carattere eccezionale, sono oggi

frequentemente utilizzate nei trattati internazionali volti alla repressione di particolari illeciti aventi rilevanza transfrontaliera<sup>400</sup>.

Sempre più spesso, infatti, gli Stati, nel momento in cui si vincolano reciprocamente alla repressione di particolari reati, prevedono l'operatività di sistemi volti a centralizzare l'esercizio dell'azione penale in un unico Stato parte e, per questa via, a prevenire la possibile duplicazione di attività di indagine e di giudizi *in idem*<sup>401</sup>. Com'è stato efficacemente detto, si tratta di forme di "giurisdizione concordata" allo stato ancora rudimentali<sup>402</sup>. Ed invero, attraverso queste norme convenzionali gli Stati si obbligano reciprocamente solo a far sì che le rispettive autorità procedenti si consultino e sia adoperino per risolvere il conflitto giurisdizionale; nel trattato non si prevede insomma nessun obbligo di risultato e quindi nessun dovere di abdicare alla propria giurisdizione penale a favore di quella di altri Stati.

Il modello fondamentale di questa forma di cooperazione è rappresentato dall'art. 6 para 2 della Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, adottata a Bruxelles il 26 luglio 1995<sup>403</sup>, secondo cui "qualora più Stati membri hanno la competenza giurisdizionale per un illecito e ciascuno di essi può validamente esercitare l'azione penale sulla base degli stessi fatti, gli Stati membri interessati collaborano per decidere quale di essi debba perseguire l'autore o li autori dell'illecito con l'obiettivo di centralizzare, *se possibile*, le azioni in un unico Stato membro"<sup>404</sup>. Siffatto modello di giurisdizione concordata è stato poi ripreso da successive convenzioni adottate in seno all'Unione europea, fra cui si segnalano la Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti i funzionari delle Comunità

---

<sup>400</sup> Analoghe considerazioni sono svolte da G. DE AMICIS, Ne bis in idem, *giurisdizioni concorrenti e divieto di azioni multiple nell'U.E.: il ruolo dell'Eurojust*, in *Cass. pen.*, 2006, 1176 ss., in particolare 1179.

<sup>401</sup> G. DE AMICIS, Ne bis in idem, *giurisdizioni concorrenti e divieto di azioni multiple*, cit., 1179.

<sup>402</sup> G. DE AMICIS, Ne bis in idem, *giurisdizioni concorrenti e divieto di azioni multiple*, cit., 1179.

<sup>403</sup> Tale convenzione è stata ratificata dall'Italia con l. 29 settembre 2000, n. 200.

<sup>404</sup> Corsivi aggiunti.

europee o degli Stati membri dell'UE<sup>405</sup> e la decisione quadro in materia di terrorismo<sup>406</sup>.

Al di là di queste norme settoriali, operanti dunque con riferimento a particolari categorie criminose, l'unico strumento giuridico utilizzabile al fine di evitare una duplicazione dei giudizi è ancora oggi, la Convenzione del Consiglio d'Europa sul trasferimento dei procedimenti penali del 15 maggio 1972<sup>407</sup>. L'art. 8 di tale convenzione considera l'ipotesi in cui le autorità giudiziarie di uno Stato parte che stanno svolgendo indagini in merito ad un determinato reato si accorgano che anche le autorità giudiziarie di un altro Stato hanno avviato un procedimento penale per alcuni dei fatti oggetto di investigazione o su alcune persone sospettate di essere coinvolte nella realizzazione del reato. A queste condizioni, la convenzione del 1972 offre la base giuridica per una serie di consultazioni e negoziazioni attraverso le quali uno Stato procedente chiede ad un altro di accollarsi l'intero procedimento penale, nel migliore interesse della giustizia e dei diritti degli indagati. Nel caso in cui una parte acconsenta a svolgere un procedimento penale per l'intero accadimento criminoso, l'accordo tra gli Stati si conclude con un vero e proprio trasferimento del procedimento penale e conseguente perdita della giurisdizione da parte di uno Stato<sup>408</sup>. Ed

---

<sup>405</sup> Tale convenzione è stata adottata a Bruxelles il 26 maggio 1997 ed è stata ratificata dall'Italia con l. 19 settembre 2000, n. 29; la norma sulla giurisdizione concordata è contenuta nell'art. 9 par. 2.

<sup>406</sup> La Council Framework Decision on Combating Terrorism (2002/475/JHA), in *GUCE* del 22 giugno 2002, L 164/3, prevede all'art. 9 para. 2 che "When an offence falls within the jurisdiction of more than one Member State and when any of the States concerned can validly prosecute on the basis of the same facts, the Member States concerned shall cooperate in order to decide which of them will prosecute the offenders with the aim, if possible, of centralising proceedings in a single Member State. To this end the Member States may have recourse to any body or mechanism established within the European Union in order to facilitate cooperation between their judicial authorities and the coordination of their action. Sequential account shall be taken of the following factors: — the Member State shall be that in the territory of which the acts were committed, — the Member State shall be that of which the perpetrator is a national or resident, — the Member State shall be the Member State of origin of the victims, — the Member State shall be that in the territory of which the perpetrator was found".

<sup>407</sup> Analog. AA.VV., *Conflictos de jurisdicción y principio ne bis in idem en el ámbito europeo – Jurisdiction conflicts and principle ne bis in idem in Europe*, a cura di R.A.M. Martínez e I.G. Pérez, Madrid, 2007, 175: "The sole international instrument to reach solutions for such types of conflicts is the European Council's Convention of 15 May 1972, *on the transfer of proceedings*". Il testo della convenzione, aperta alla firma a Strasburgo il 15 maggio 1972, può essere letto alla pagina web <http://conventions.coe.int/treaty/EN/Treaties/Html/073.htm>.

<sup>408</sup> Più ampiamente sul punto C. AMALFITANO, *Conflitti di giurisdizione*, cit., 216, che opportunamente osserva come: "all'arretramento della sovranità dello Stato richiedente (più o meno ampia a seconda del momento in cui il trasferimento è posto in essere) corrisponde un

invero, allorquando la richiesta di trasferimento del procedimento è stata accettata, lo Stato richiedente non può più procedere per quel dato reato<sup>409</sup>.

Mentre l'iniziativa del trasferimento del procedimento spetta alle autorità giudiziarie che stanno conducendo le indagini nei Paesi di appartenenza – e non potrebbe essere diversamente – l'intera fase della negoziazione e consultazione è di pertinenza delle autorità centrali dei singoli Stati interessati, per cui l'intera procedura non solo è estremamente lenta, ma finisce inevitabilmente per risentire dei rapporti politici esistenti tra i governi degli Stati coinvolti<sup>410</sup>. Inoltre, a rendere oltremodo difficile la messa in atto del meccanismo previsto dalla Convenzione del 1972 intervengono due altri fattori: da un lato, difficoltà di ordine pratico che si registrano nei rapporti tra le autorità procedenti durante la fase di consultazione, dovute al fatto che i soggetti coinvolti parlano lingue diverse, applicano leggi differenti e tutti gli scambi di informazioni avvengono a mezzo posta; dall'altro, e soprattutto, la circostanza che detta Convenzione sul trasferimento dei procedimenti penali è stata ratificata da undici soltanto dei 27 Paesi membri dell'Unione, tra cui non figurano Stati come la Germania, la Francia, l'Italia ed il Regno Unito. Come è stato autorevolmente notato, trascorsi ormai più di trent'anni dalla sua elaborazione, sembra alquanto improbabile che tutti gli Stati membri depositino gli strumenti di ratifica in un prossimo futuro<sup>411</sup>.

Infine la suddetta Convenzione non prevede una condivisa procedura volta a determinare la giurisdizione penale; in altre parole, il trasferimento avviene solo su iniziativa di uno Stato parte che decide di “cedere” il proprio diritto a perseguire certi illeciti ad un altro Stato, che si dichiara disponibile a “prendere in

---

ampliamento (più o meno limitato) della sfera di sovranità dello Stato richiesto, che assume così la veste di Stato ‘del foro’”.

<sup>409</sup> Ai sensi dell'art. 21 della Convenzione del Consiglio d'Europa sul trasferimento dei procedimenti penali, cit., “When the requesting State has requested proceedings, it can no longer prosecute the suspected person for the offence in respect of which the proceedings have been requested or enforce a judgment which has been pronounced previously in that State against him for that offence”.

<sup>410</sup> Proprio al fine di superare questi ostacoli, la recente Convenzione stabilita dal Consiglio conformemente all'art. 34 del TUE, relativa all'assistenza giudiziaria tra gli Stati membri dell'Unione europea, conclusa a Bruxelles il 29 maggio 2000, prevede un contatto diretto tra le autorità giudiziarie coinvolte.

<sup>411</sup> Cfr. Commissione delle Comunità europee, *Commission Staff working document. Annex to the Green paper On conflicts of Jurisdictions and the Principle of ne bis in idem in Criminal Proceedings* pubblicato il 23 dicembre 2005 [COM(2005) 696 final], 10.

carico” il procedimento<sup>412</sup>. Questo stato di cose ha fatto sì che la Convenzione del 1972 abbia fino ad oggi giocato un ruolo tutto sommato marginale nella risoluzione dei conflitti giurisdizionali<sup>413</sup>.

Proprio per ovviare ai limiti di questo strumento normativo, la prassi degli Stati è andata in un'altra direzione, utilizzando la Convenzione europea di mutua assistenza giudiziaria del 1959<sup>414</sup>. In particolare, negli ultimi anni sono sempre più frequenti le ipotesi in cui al trasferimento dei procedimenti penali si addivene per mezzo di un'interpretazione estensiva dell'art. 21 di detta Convenzione, che disciplina la c.d. denuncia finalizzata al procedimento<sup>415</sup>. Il meccanismo che si è andato sviluppando in via di prassi prende il nome di “*laying information in connection with proceedings*” e consiste in un accordo attraverso il quale una Parte contraente trasmette ad un'altra Parte informazioni concernenti determinati illeciti, al fine di consentire a quest'ultima l'avvio di un procedimento penale<sup>416</sup>. L'art. 21 della Convenzione di assistenza giudiziaria del 1959 è formulato in una maniera talmente ampia da far sì che esso venga applicato non solo nelle ipotesi in cui le autorità di uno Stato che stanno conducendo delle indagini ritengano che il fatto criminoso in questione fuoriesca dalla giurisdizione del proprio Stato per rientrare in quella di un altro Stato parte, ma anche nelle ipotesi in cui, pur sussistendo la possibilità di perseguire quei fatti di fronte alle Corti nazionali,

---

<sup>412</sup> Commissione delle Comunità europee, *Commission Staff working document. Annex to the Green paper On conflicts of Jurisdictions and the Principle of ne bis in idem in Criminal Proceedings* [COM(2005) 696 final], 10.

<sup>413</sup> La stessa Commissione delle Comunità europee (in *Commission Staff working document. Annex to the Green paper On conflicts of Jurisdictions and the Principle of ne bis in idem*, cit., 10) ha affermato che “Although it may be useful for all Member States to ratify the Convention, in the Commission's view this could only be a partial step towards the objective of preventing and resolving jurisdiction conflicts”.

<sup>414</sup> La Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale, conclusa a Strasburgo il 10 aprile 1959, è stata ratificata dall'Italia con legge 23 febbraio 1961, n. 215 (in GU del 13 aprile 1961, n. 92).

<sup>415</sup> Ai sensi dell'art. 21 di detta Convenzione: “1. Qualsiasi denuncia rivolta da una Parte Contraente in vista di procedimento davanti all'autorità giudiziaria di un'altra Parte sarà oggetto di comunicazioni tra Ministri della Giustizia. Le Parti Contraenti potranno ricorrere alla facoltà prevista al paragrafo 6 dell'articolo 15. 2. La Parte richiesta comunica il seguito dato alla denuncia e trasmette, se ne ravvisa l'opportunità, copia della decisione intervenuta. 3. Le disposizioni dell'articolo 16 si applicano alle denunce previste al paragrafo primo del presente articolo.

<sup>416</sup> Cfr. *International conflicts of jurisdiction: applying the double jeopardy (ne bis in idem) principle. A solution for determining the most appropriate jurisdiction*, Report drafted by the Spanish team at Eurojust, in *Conflictos de jurisdicción y principio ne bis in idem en el ámbito europeo – Jurisdiction conflicts and principle ne bis in idem in Europe*, cit., 175 s.

ritengano che le autorità di un altro Stato si trovano in una posizione migliore per esercitare l'azione penale<sup>417</sup>. Per quanto poi concerne le modalità con cui tale informativa viene trasmessa, molto spesso i pubblici ministeri semplicemente consegnano i documenti e gli altri mezzi di prova ai propri colleghi stranieri, i quali in seguito a questa *notitia criminis* avvieranno un procedimento penale nel cui ambito chiederanno, a mezzo rogatoria, gli stessi documenti già ricevuti in via "ufficiosa"<sup>418</sup>. La prassi dimostra che sono tutt'altro che rare le ipotesi in cui le autorità requirenti di uno Stato "consegnano" alla polizia giudiziaria o ai pubblici ministeri di un altro Stato gli strumenti necessari affinché questi ultimi possano esercitare l'azione penale, eventualmente chiedendo al giudice misure cautelari in tempi rapidi e con maggiori possibilità di successo. Nondimeno, proprio la macchinosità di questa procedura costituisce il segno più evidente di come la volontà di cooperazione esistente tra le Procure nazionali dei singoli Stati, nel segno di una comune lotta alla criminalità organizzata, sia maggiore della consapevolezza delle autorità politiche della necessità di accordarsi in tempi rapidi su strumenti di risoluzione dei conflitti di giurisdizione.

## **2. Il ruolo di Eurojust nella prevenzione e soluzione dei conflitti positivi di giurisdizione**

Nell'ambito di un'analisi della problematica dei conflitti di giurisdizione in ambito europeo una menzione a parte merita Eurojust, l'agenzia europea di cooperazione giudiziaria in materia penale istituita dal Consiglio dell'Unione europea con decisione del 28 febbraio 2002<sup>419</sup>. Tale agenzia, infatti, svolge oggi

---

<sup>417</sup> Cfr. *International conflicts of jurisdiction: applying the double jeopardy (ne bis in idem) principle. A solution for determining the most appropriate jurisdiction*, Report drafted by the Spanish team at Eurojust, in *Conflictos de jurisdicción y principio ne bis in idem en el ámbito europeo – Jurisdiction conflicts and principle ne bis in idem in Europe*, cit., 175 s.

<sup>418</sup> Cfr. *International conflicts of jurisdiction: applying the double jeopardy (ne bis in idem) principle. A solution for determining the most appropriate jurisdiction*, Report drafted by the Spanish team at Eurojust, cit., 176.

<sup>419</sup> Decisione del Consiglio 2002/1877/GAI che istituisce l'Eurojust per rafforzare la lotta contro le forme gravi di criminalità, pubblicata nella G.U.C.E L 63/3 6.3.2002. L'Italia vi ha dato attuazione con la legge 14 marzo 2005, n. 41, recante Disposizioni per l'attuazione della decisione 2002/187/GAI del Consiglio dell'Unione europea del 28 febbraio 2002, GAI che istituisce l'Eurojust per rafforzare la lotta contro le forme gravi di criminalità (pubblicata in G.U. 29 marzo 2005). La decisione che istituisce Eurojust è stata emendata il 18 giugno 2003 dalla Decisione 2003/659/GAI del Consiglio che modifica la decisione 2002/187/GAI che istituisce l'Eurojust per rafforzare la lotta contro le forme gravi di criminalità (in G.U.C.E L 254/44 del 29.9.2003).

un ruolo di primo piano nell'attività di prevenzione e soluzione dei conflitti positivi di giurisdizione in materia penale. Ed infatti, tra gli obiettivi di Eurojust nell'ambito di indagini ed azioni penali che coinvolgono due o più Stati membri e relative a particolari e gravi forme di criminalità<sup>420</sup>, vi è quello di “stimolare e migliorare il coordinamento, tra le autorità nazionali degli Stati membri, delle indagini e delle azioni penali tra gli stessi”<sup>421</sup>.

Questo obiettivo di “coordinamento”, diretto, tra l'altro, ad evitare un'inutile duplicazione di indagini e procedimenti, può essere perseguito da Eurojust innanzitutto per il tramite dei membri nazionali. Questi ultimi, infatti, hanno il potere di chiedere “alle autorità competenti degli Stati membri di valutare se accettare che una di esse sia più indicata per avviare un'indagine o azioni penali per fatti precisi”<sup>422</sup>. Ma il coordinamento tra giurisdizioni nazionali può costituire anche un obiettivo del Collegio di Eurojust, il quale “può per le forme di criminalità e i reati di cui all'articolo 4, paragrafo 1, chiedere alle autorità competenti degli Stati membri interessati, motivando la sua richiesta, di accettare che una di esse sia più indicata per avviare un'indagine o azioni penali per fatti precisi”<sup>423</sup>. Nel primo caso, dunque, il membro nazionale presso Eurojust si limita ad *invitare* l'autorità giudiziaria di uno Stato membro a rinunciare all'esercizio dell'azione penale in favore di un altro Stato *mieux placé*. Nel secondo caso, invece, Eurojust, tramite il suo organo collegiale, *inoltra una richiesta* motivata all'autorità giudiziaria di uno Stato membro affinché quest'ultima riconosca l'opportunità di non avviare indagini o di non instaurare un procedimento penale per l'accertamento di un fatto criminoso di rilevanza transfrontaliera. È dunque evidente come, ai fini della soluzione del conflitto di giurisdizione, l'intervento del Collegio abbia un'efficacia giuridica e politica indubbiamente maggiore di quella del singolo membro nazionale.

---

<sup>420</sup> Cfr. art. 3.1 della decisione che istituisce Eurojust. Per quanto concerne l'ambito di competenza di Eurojust questo è determinato dall'art. 4 della decisione e comprende, tra l'altro, le forme di criminalità per cui Europol è competente ad agire in qualsiasi momento in forza dell'art. 2 della convenzione Europol del 26 luglio 1995; la criminalità informatica; la frode, la corruzione e qualsiasi altro reato che colpisca gli interessi finanziari della Comunità europea; il riciclaggio dei proventi di reato; la criminalità ambientale e la partecipazione ad un'organizzazione criminale ai sensi dell'Azione comune del 98/733/JAI del Consiglio.

<sup>421</sup> Art. 3.1 lett.a) della decisione che istituisce Eurojust.

<sup>422</sup> Art. 6 lett.a) punto ii).

<sup>423</sup> Art. 7 lett. a) punto ii).

Sebbene in nessuna delle due ipotesi adesso descritte si preveda una procedura sanzionatoria a carico dell'autorità giudiziaria che non si conforma agli inviti ed alle richieste di Eurojust, resta il fatto che l'attribuzione a quest'ultimo del potere di agire al fine di limitare, quando non impedire, i conflitti giurisdizionali tra gli Stati membri è degna del massimo interesse. Per questa via, infatti, si fa sì che la problematica dei conflitti di giurisdizione venga collocata nell'orizzonte, invero ben più ampio, di un "ottimale" coordinamento e cooperazione tra le competenti autorità giudiziarie degli Stati membri, che può arrivare a comprendere anche l'istituzione di squadre investigative comuni. In questo modo, dunque, la soluzione dei conflitti giurisdizionali nello spazio europeo si allontana dal classico modello "orizzontale" di cooperazione tra Stati, per beneficiare del valore aggiunto che l'istituzione di Eurojust comporta: la centralizzazione "leggera" di determinati poteri e funzioni ad un organismo giudiziario di natura sovranazionale, che si accompagna ad un dialogo diretto e senza mediazioni tra le autorità giudiziarie interessate al caso<sup>424</sup>. Ed è intuitivo come, per questa via, il conflitto giurisdizionale perda gran parte delle sue connotazioni politiche, tipiche di un rapporto tra Stati, per acquistare un carattere più schiettamente giuridico, se non addirittura pratico, di scambio tra informazioni tra pubblici ministeri interessati essenzialmente a che si addivenga ad un giudizio – dove che sia – su determinati illeciti.

Merita inoltre evidenziare che fino ad oggi Eurojust ha fatto un uso tutto sommato moderato dei poteri di prevenzione e risoluzione dei conflitti conferitigli dalla Decisione del Consiglio del 28 Febbraio 2002 (*Eurojust Decision*). Dati statistici dimostrano infatti che fino al 2006 il Collegio di Eurojust ha fatto ricorso solamente tre volte ai poteri attribuitigli dall'art. 7 della decisione al fine di risolvere i conflitti giurisdizionali; più numerosi sono invece i casi in cui i singoli Membri nazionali presso Eurojust si sono attivati facendo ricorso all'art. 6-a-i della *Eurojust Decision*<sup>425</sup>.

---

<sup>424</sup> Cfr. A. DE AMICIS, *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale. Verso un sistema integrato di forme e strumenti di collaborazione tra le attività giudiziarie*, Milano, 2007, 346 s.

<sup>425</sup> I dati qui riportati sono quelli pubblicati nel volume *Conflictos de jurisdicción y principio ne bis in idem en el ámbito europeo – Jurisdiction conflicts and principle ne bis in idem in Europe*, cit., alla cui redazione hanno contribuito anche membri di Eurojust.



### 2.1. Le *Guidelines* approvate da Eurojust

L'attribuzione ad Eurojust del compito di risolvere i possibili conflitti giurisdizionali concernenti le più gravi forme di criminalità transfrontaliera ha sollevato il problema dell'individuazione dei procedimenti e dei criteri alla stregua dei quali stabilire quale sia l'autorità giudiziaria maggiormente indicata per avviare un'indagine o iniziare un processo penale su determinati fatti. In mancanza di una qualunque regolamentazione della materia da parte di atti normativi dell'Unione europea, nel novembre 2003 Eurojust ha organizzato un seminario, cui hanno preso parte magistrati di tutti gli Stati membri e rappresentanti della Commissione, del Segretariato generale del Consiglio, di Europol e dell'OLAF, per discutere dell'adozione di alcune linee-guida in grado di orientare i membri nazionali ed il Collegio nell'espletamento dei propri compiti di prevenzione e soluzione dei conflitti. Sono nate così le *Guidelines for Deciding which Jurisdiction should Prosecute*, approvate dal Collegio e pubblicate come "allegato" alla Relazione annuale 2004 di Eurojust<sup>426</sup>.

La caratteristica fondamentale delle *Guidelines* predisposte da Eurojust è quella di muovere dalla consapevolezza che ogni ipotesi di conflitto giurisdizionale è unica, per cui ogni decisione in merito alla scelta dell'autorità giudiziaria cui dovrebbe essere attribuita la giurisdizione in via esclusiva deve basarsi sui fatti concreti e sulle caratteristiche peculiari di ciascun conflitto<sup>427</sup>. Si sottolinea inoltre che la decisione volta ad individuare l'autorità *mieux placé* deve essere raggiunta attraverso un procedimento corretto e alla stregua di un giudizio imparziale, nel rispetto della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo<sup>428</sup>. Si stabilisce che ogni decisione volta a risolvere il conflitto giurisdizionale dovrebbe essere presa nel minor tempo possibile, assicurando al contempo il necessario contraddittorio tra le competenti autorità dei singoli Stati. Si richiamano gli strumenti di cooperazione giudiziaria già esistenti e si invitano i pubblici ministeri a vagliare nei singoli casi le possibilità di risolvere il conflitto giurisdizionale utilizzando le convenzioni internazionali già in vigore, come quella relativa al

---

<sup>426</sup> Le *Guidelines* possono essere consultate sul sito internet di Eurojust, [www.eurojust.europa.eu](http://www.eurojust.europa.eu).

<sup>427</sup> Cfr. le *Guidelines*, cit., 1.

<sup>428</sup> Cfr. le *Guidelines*, cit., 1: "The decision must always be fair, independent objective and it must be made applying the European Convention of Human Rights ensuring that the human rights of any defendant or potential defendant are protected".

trasferimento dei procedimenti penali<sup>429</sup>. Infine, si richiama espressamente il principio del *ne bis in idem*, considerato dalla *Guidelines* non come criterio risolutivo dei conflitti giurisdizionali ma come obiettivo da perseguire *attraverso* l'individuazione dell'autorità maggiormente adatta alla repressione del fatto criminoso<sup>430</sup>.

Del tutto in linea con queste premesse, le *Guidelines* non contengono un *numerus clausus* di criteri di collegamento “riconosciuti” dall'agenzia né, tanto meno, introducono una rigida gerarchia tra i diversi criteri giurisdizionali. I redattori delle *Guidelines* si sono invece preoccupati di stilare un catalogo “aperto”, contenente criteri giurisdizionali puramente orientativi e posti tutti sullo stesso piano, al di fuori di qualunque logica di priorità<sup>431</sup>. In questo modo, da un lato, si costruisce un sistema “a priorità variabile”, capace di adattarsi alle più diverse situazioni e di garantire la migliore ponderazione degli interessi sottesi alla risoluzione del conflitto<sup>432</sup>; dall'altro, si fa delle *Guidelines* uno strumento “dialogico”, del tutto in linea con i caratteri fondamentali di Eurojust che, nella sua attività di coordinamento tra diverse autorità giudiziarie, deve tener conto “di qualsiasi richiesta formulata da un'autorità competente di uno Stato membro e di qualsiasi informazione fornita da un organo competente in virtù di disposizioni adottate nell'ambito dei trattati”<sup>433</sup>.

E propria in questa logica collaborativa, si prevede espressamente che la soluzione del conflitto giurisdizionale avvenga secondo i criteri individuati dalle

---

<sup>429</sup> Cfr. le *Guidelines*, cit., 2.

<sup>430</sup> Cfr. le *Guidelines*, cit., 2: “A basic principle of international criminal law and the law of national criminal jurisdictions is that a defendant should not be prosecuted more than once for the same criminal conduct. This applies even if the defendant has been acquitted of that conduct in one jurisdiction. This guidance fully supports, adheres to and endorses that principle”.

<sup>431</sup> Analog. A. DE AMICIS, *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale*, cit. 348, che parla di “un catalogo ‘aperto’ di criteri puramente orientativi, non vincolanti né gerarchicamente ordinati, talora connotati da un invincibile senso di “vaghezza”. Merita notare come in sede di redazione delle *Guidelines* alcuni delegati hanno evidenziato l'opportunità di inserire i diversi fattori in una “matrice”, che costituirebbe un metodo maggiormente “strutturato” per decidere i conflitti giurisdizionali; cfr. sul punto le *Guidelines*, cit., 6.

<sup>432</sup> Nelle *Guidelines* si legge infatti “When reaching a decision, prosecutors should balance carefully and fairly all the factors both for and against commencing a prosecution in each jurisdiction where it is possible to do so. There are a number of factors that should be considered and can affect the final decision. All these factors should be considered at the meeting of prosecutors from the relevant states affected by the criminality concerned. Making a decision will depend on the circumstances of each case and this guidance is intended to bring consistency to every decision making process”.

<sup>433</sup> Art. 3.1 lett. a) della Decisione che istituisce Eurojust.

*Guidelines* e nel corso di apposite riunioni tra gli stessi pubblici ministeri titolari dei relativi procedimenti penali o comunque interessati ad iniziare indagini potenzialmente concorrenti con quelle svolte dai colleghi di altri Stati<sup>434</sup>.

L'intervento di Eurojust è espressamente configurato dalle *Guidelines* come sussidiario e di supporto: l'agenzia preposta alla cooperazione giudiziaria in materia penale deve essere informata dell'esistenza di un conflitto giurisdizionale – soprattutto se irrisolto<sup>435</sup> – ma interviene innanzitutto per “dare assistenza” alle autorità competenti. Un'assistenza che è in primo luogo logistica, diretta a rendere più facile l'organizzazione delle riunioni di coordinamento tra pubblici ministeri, anche attraverso la messa a disposizione di strutture *ad hoc* nella sede de L'Aia e l'ausilio dell'interpretazione simultanea, che sola consente un confronto diretto ed il più possibile scevro da fraintendimenti tra magistrati di diversi Paesi. Ma si tratta, a ben vedere, di un'assistenza anche “giuridico-amministrativa”, stante la disponibilità dei singoli membri nazionali a farsi promotori di questi incontri multilaterali e di prendervi parte laddove la loro assistenza “sul campo”, anche alla luce dell'esperienza maturata nel settore della cooperazione giudiziaria, venisse richiesta<sup>436</sup>.

## **2.2.L'individuazione dell'autorità giudiziaria *mieux placé***

Venendo adesso ai criteri giurisdizionali previsti nelle *Guidelines*, preme anzitutto evidenziare l'esistenza di una presunzione (relativa) in forza della quale il processo dovrebbe aver luogo nello Stato dove si è svolta la parte maggiore del reato ovvero dove si è verificata la maggiore aggressione agli interessi tutelati dalla norma violata. Sebbene il principio di territorialità assume un ruolo di primo piano nell'individuazione dello Stato del foro, i redattori delle *Guidelines* individuano altri diversi fattori che devono essere presi in considerazione al momento di individuare l'autorità giudiziaria *mieux placé* per l'accertamento del

---

<sup>434</sup> Nelle *Guidelines* si prevede espressamente che “each of the prosecutors nominated to attend such a meeting must be fully competent to discuss the issues and make decisions on behalf of the prosecuting authorities in the jurisdiction they represent”.

<sup>435</sup> Cfr. le *Guidelines*, cit., 2: “Eurojust would expect any case of this type [i.e. when the criminality occurred in several jurisdictions whose competent authorities could each institute proceedings in their own courts], particularly where the representatives of the respective jurisdictions cannot reach agreement on where the case should be prosecuted, to be referred to it for assistance”.

<sup>436</sup> Cfr. sul punto le *Guidelines*, cit., 2 s.

reato e l'irrogazione della relativa sanzione. L'idea di fondo è dunque quella di una valutazione caso per caso, bilanciando i diversi interessi contrapposti e soppesando i fattori a favore e contro la scelta di una determinata giurisdizione anziché di un'altra<sup>437</sup>.

Il primo fattore che viene in gioco è il luogo in cui si trova l'indagato o l'imputato al momento in cui si prende la decisione concernente la giurisdizione. In particolare, è necessario valutare se lo Stato su cui si trova l'accusato abbia giurisdizione sul fatto commesso e se sia possibile iniziare una procedura di estradizione o di trasferimento dei procedimenti<sup>438</sup>.

Il secondo fattore che viene in gioco è la possibilità per le autorità competenti di uno Stato di ricevere in consegna, eventualmente attraverso la procedura di estrazione, le persone da processare<sup>439</sup>.

Il terzo elemento è dato dalla possibilità di dividere il singolo episodio criminoso in più fatti aventi rilevanza penale, in modo da addivenire ad una "spartizione" della giurisdizione. Peraltro, si sottolinea che nelle ipotesi di criminalità transfrontaliera la soluzione più opportuna è quella di attribuire la giurisdizione ad una sola autorità procedente<sup>440</sup>.

In quarto luogo, nella scelta della giurisdizione maggiormente adeguata è necessario prendere in considerazione la capacità e la possibilità dei testimoni di recarsi di fronte ai giudici di un altro Stato<sup>441</sup>. Inoltre, pare opportuno tenere in considerazione le esigenze di sicurezza dei testimoni; per questo motivo potrebbe essere data preferenza a quello Stato che ha un consolidato programma di protezione dei testimoni<sup>442</sup>.

Un altro fattore da prendere in considerazione è il tempo. Partendo dal principio per cui "*Justice delayed is justice denied*", i redattori delle *Guidelines* affermano che, nel bilanciamento degli interessi contrapposti, deve essere

---

<sup>437</sup> Cfr. le *Guidelines*, cit., 3.

<sup>438</sup> Cfr. le *Guidelines*, cit., 3.

<sup>439</sup> Cfr. le *Guidelines*, cit., 3.

<sup>440</sup> Cfr. le *Guidelines*, cit., 3 s.

<sup>441</sup> Cfr. le *Guidelines*, cit., 4.

<sup>442</sup> Cfr. le *Guidelines*, cit., 4.

tendenzialmente preferita la giurisdizione nazionale che è capace di rendere una sentenza nel minor tempo<sup>443</sup>.

È inoltre necessario guardare agli interessi delle vittime; in particolare assume rilevanza il pregiudizio che deriva alle vittime dal fatto che a procedere è uno Stato piuttosto che un altro e la possibilità di ricevere una forma di compensazione<sup>444</sup>.

Un altro fattore rilevante sono le regole probatorie vigenti nei singoli ordinamenti nazionali; nella scelta della giurisdizione assume infatti rilevanza la possibilità di utilizzare le prove già acquisite<sup>445</sup>.

Anche le norme penali, processuali e sostanziali, giocano un ruolo non marginale nella scelta della giurisdizione. La questione è evidentemente complessa: da un lato è necessario evitare un *forum shopping* da parte dei pubblici ministeri dei singoli Stati, che potrebbero accordarsi per far sì che il processo si svolga nello Stato dove le garanzie processuali sono meno rigorose e le pene per un determinato reato sono più alte; dall'altro lato, è evidente che questi fattori non possono non avere un peso nella scelta dello Stato del foro, poiché, nell'ottica della pubblica accusa si tratta di valutare quale giudice sia nella posizione migliore per decidere la rilevanza penale di fatti sui quali sono state svolte o sono in corso delle indagini. In particolare, per quanto riguarda le norme processuali, nelle *Guidelines* si legge che i pubblici ministeri non possono accordarsi su una data giurisdizione al solo fine di aggirare obblighi legali che esistono in una giurisdizione e non in un'altra. D'altra parte, si afferma espressamente che tutti i possibili effetti, fra cui l'esito del processo, derivanti dalla scelta di svolgere il procedimento in una giurisdizione anziché in un'altra devono essere tenuti in debita considerazione; in particolare, è necessario guardare alle fattispecie incriminatrici applicabili nei diversi ordinamenti e alle sanzioni previste<sup>446</sup>.

Per quanto poi concerne i poteri di commisurazione e irrogazione della pena da parte del giudice, se è vero che i pubblici ministeri non debbono preferire una

---

<sup>443</sup> Cfr. le *Guidelines*, cit., 4.

<sup>444</sup> Cfr. le *Guidelines*, cit., 5.

<sup>445</sup> Cfr. le *Guidelines*, cit., 5.

<sup>446</sup> Nelle *Guidelines*, cit., 5, si afferma infatti che “these matters [all the possible effects of a decision to prosecute in one jurisdiction rather than another and the potential outcome of each case] include the liability of potential defendants and the availability appropriate offences and penalties”.

giurisdizione per il solo fatto che è quella che prevede le pene più severe per il reato in oggetto, è parimenti vero che si fa obbligo agli stessi pubblici ministeri di assicurarsi che le sanzioni astrattamente irrogabili riflettano la gravità del reato ascrivito all'imputato o all'indagato. Discorso analogo è svolto con riferimento al sequestro e alla confisca dei proventi del reato. Da un lato, infatti, si dice che le autorità requirenti non possono accordare preferenza alla giurisdizione di uno Stato per il solo fatto che in quest'ultimo è più facile individuare i proventi del reato; dall'altro lato, tuttavia, secondo le *Guidelines* i pubblici ministeri, ogni volta che tentano di risolvere un conflitto positivo di giurisdizione, dovrebbero tenere in considerazione i poteri che i singoli ordinamenti attribuiscono alla pubblica accusa al fine di individuare e chiedere il sequestro dei proventi del reato e, in ogni caso, fare l'uso più opportuno degli strumenti internazionali predisposti a questi fini.

Da ultimo, le *Guidelines* chiariscono che il costo di un procedimento penale e la sua incidenza sulle risorse economiche delle procure nazionali è solo uno dei fattori che assumo rilevanza nella scelta della giurisdizione penale. In particolare, si dice, le autorità nazionali non devono rifiutare la giurisdizione per il solo fatto che il caso non assume per loro interesse o non rientra tra le priorità dei Procuratori dei generali o del Ministro della giustizia.

### **3. Il riconoscimento del divieto di divieto di doppio processo: *work in progress***

In assenza di un sistema di prevenzione dei conflitti giurisdizionali, se si esclude l'attività di coordinamento di Eurojust e gli espedienti utilizzati dalle singole procure nazionali al fine di ottimizzare le opportunità di cooperazione giudiziaria offerte dai trattati, l'unico rimedio per evitare una duplicazione dei procedimenti penali in ambito europeo è quello offerto dal principio del *ne bis in idem*. Ci si propone pertanto di analizzare le modalità con cui questo principio è stato riconosciuto dal diritto dell'Unione europea, prendendo le mosse dal *ne bis in idem* internazionale in senso stretto e quindi dall'efficacia preclusiva della sentenza straniera nei rapporti tra gli Stati membri dell'Unione.

L'analisi prima condotta sul tema si è conclusa con la presa d'atto della duplice funzione svolta dal *ne bis in idem* internazionale: da un lato, principio risolutivo dei conflitti positivi di giurisdizione esistenti tra gli Stati; dall'altro, garanzia individuale di libertà che assume le forme della preclusione processuale<sup>447</sup>. Ebbene, alla luce di queste considerazioni, non pare azzardato affermare che il *ne bis in idem* internazionale si colloca nel punto di frattura tra due prospettive antitetiche eppure coesistenti nel panorama europeo: quella "garantista", che in nome di esigenze di libertà e tutela dei diritti auspica la fine del territorio come categoria giuridica penale; e quella "statalista", che pone l'accento sulle esigenze di sicurezza e tutela dei beni giuridici che oggi trovano pressoché esclusiva realizzazione a livello statale. Il divieto di doppio processo, una volta riconosciuto come principio del diritto dell'Unione, costituisce infatti una garanzia individuale in grado di spezzare quel legame, fino ad oggi indissolubile, tra potestà punitiva e territorialità statale, divenendo così chiara espressione di quel più vasto processo di affermazione dei diritti umani su scala "transnazionale" che preme per l'abbattimento delle frontiere nazionali. D'altra parte, nel contesto europeo l'esercizio della giurisdizione penale è gelosamente custodito dagli Stati membri, quale simbolica linea Maginot a difesa di una sovranità sempre più erosa dall'appartenenza all'Unione, nel segno, dunque, di una resistenza alla internazionalizzazione del diritto penale.

E' compito dell'interprete interrogarsi sulle conseguenze che derivano dalla valorizzazione dell'una e dell'altra prospettiva – quella garantista e quella nazionalista – e sulle ricadute applicative che inevitabilmente si hanno in punto di riconoscimento del *ne bis in idem* in sede europea. Ma soprattutto, l'attuale stadio di sviluppo della europeizzazione del diritto e della scienza penale rende urgente un'analisi volta ad investigare le possibilità di rinsaldare questa frattura e di conciliare le ragioni di tutela dell'individuo con le prerogative sovrane degli Stati all'interno del nuovo spazio giudiziario europeo. Il problema che il *ne bis in idem* pone è dunque quello di trovare un equilibrio tra le ragioni dei diversi attori del processo di integrazione europea, cercando una soluzione capace di rispondere agli interessi degli Stati membri, delle istituzioni comunitarie e dei singoli

---

<sup>447</sup> Cfr. *supra*, cap. II, para 4.

individui. Si tratta pertanto di calare il divieto di doppio processo nella storia dell'integrazione europea, cercando una soluzione in linea con l'attuale grado di sviluppo dell'Unione e con le ragioni che hanno fatto sì che l'originale idea di Giscard d'Estaing sia oggi diventata realtà giuridica, consacrata nei trattati<sup>448</sup>.

In particolare, ciò che qui preme evidenziare è che la soluzione accolta in materia di *ne bis in idem*, risolvendosi in una limitazione, in funzione di garanzia individuale, di tale potestà statuale ed incidendo sulle strutture portanti dei sistemi penali degli Stati membri, concorre a delineare la fisionomia dello spazio giudiziario europeo divenendo una delle manifestazioni più interessanti e complesse dell'attuale processo di europeizzazione del diritto penale, tanto sostanziale che processuale. Sembra insomma che l'analisi del *ne bis in idem* costituisca un punto di osservazione privilegiato di quel fenomeno tutt'altro che monolitico, ma cangiante, proteiforme e tuttora controverso, quale è la costruzione di "un unico spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia".

Il *ne bis in idem* internazionale costituisce dunque uno dei migliori banchi di prova per verificare la tenuta della "transnazionalizzazione" dell'esperienza giuridica che l'appartenenza all'Unione impone a tutti gli Stati membri e lo studio del *ne bis in idem* comunitario diventa la ricerca di un nuovo assetto di rapporti tra gli Stati dell'Unione, di una rifondazione delle garanzie, e con questo la ricerca della dimensione propriamente "europea" dell'approccio al problema criminale, capace di mantenere in equilibrio garanzie individuali ed istanze di sovranità nazionale.

### **3.1. L'art. 54 CAAS e la sua introduzione nel diritto dell'Unione**

La prima – e ad oggi unica – codificazione del *ne bis in idem* internazionale in ambito europeo si rinviene nella Convenzione di Applicazione dell'Accordo di Schengen (CAAS)<sup>449</sup>, la quale fa parte del c.d. *acquis* di Schengen<sup>450</sup>. L'art. 54

---

<sup>448</sup> Cfr. P. WECKEL, *La Convention additionnelle à l'Accord de Schengen*, in *Rev. gén. droit int. pub.*, 1991, 421: "le souhait [formulait par Giscard d'Estaing] qu'en complément de l'intégration économique soit réalisé un espace judiciaire européen, [a]vec la signature de la Convention de Schengen [...] se réalise".

<sup>449</sup> Tale Convenzione, firmata dai medesimi contraenti dell'Accordo di Schengen (gli Stati del Benelux, Francia e Germania) il 19 giugno 1990 è pubblicata in GU 2000 L 239, 19.



della CAAS, ricompreso nel capitolo 3, intitolato “Applicazione del principio ne bis in idem”, del titolo III di quest’ultima, a sua volta intitolato “Polizia e sicurezza” prevede che “una persona che sia stata giudicata con sentenza definitiva in una Parte contraente non può essere sottoposta ad un procedimento penale per i medesimi fatti in un’altra Parte contraente a condizione che, in caso di condanna, la pena sia stata eseguita o sia effettivamente in corso di esecuzione attualmente o, secondo la legge dello Stato contraente di condanna, non possa più essere eseguita”.

Com’è noto gli accordi di Schengen sono stati inizialmente conclusi fra gli Stati del Benelux, Francia e Germania; in un momento successivo vi hanno aderito tutti gli altri Stati membri dell’Unione<sup>451</sup>. Tali accordi sono stati poi “incorporati” nel diritto dell’Unione europea, al fine di promuovere l’integrazione europea e, in particolare, consentire all’Unione di trasformarsi più rapidamente in uno spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia<sup>452</sup>. Il Protocollo n. 2 allegato al Trattato sull’Unione europea e al Trattato che istituisce la Comunità europea ha infatti integrato il complesso di norme che formano l’*acquis* di Schengen nell’ambito dell’Unione, le quali trovano pertanto applicazione negli Stati membri a decorrere dall’entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, nel maggio 1999<sup>453</sup>.

---

<sup>450</sup> Il cosiddetto *acquis* di Schengen comprende: a) l’Accordo fra i governi dei tre Stati dell’Unione economica Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese relativo all’eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni, firmato a Schengen, nel Granducato di Lussemburgo, il 14 giugno 1985; b) la Convenzione di applicazione dell’Accordo, firmata dai medesimi contraenti il 19 giugno 1990; c) i protocolli e gli accordi di adesione di altri Stati membri, le decisioni e le dichiarazioni adottate dal Comitato esecutivo istituito dalla Convenzione, nonché gli atti per l’attuazione della convenzione adottati dagli organi cui il Comitato esecutivo ha conferito poteri decisionali.

<sup>451</sup> L’Italia ha dato esecuzione agli accordi con l. 30 settembre 1993, n. 388 ed è entrata a pieno titolo nello spazio Schengen il 27 ottobre 1997.

<sup>452</sup> Cfr. il preambolo del Protocollo n. 2 allegato al Trattato sull’Unione europea e al Trattato che istituisce la Comunità europea.

<sup>453</sup> Ai sensi dell’art. 1 del protocollo sull’integrazione dell’*acquis* di Schengen nell’ambito dell’Unione europea, allegato al Trattato sull’Unione europea e al Trattato che istituisce la Comunità europea dal Trattato di Amsterdam, tredici Stati membri dell’Unione europea sono autorizzati a instaurare tra loro una cooperazione rafforzata nel campo di applicazione dell’*acquis* di Schengen, come definito nell’allegato al detto protocollo. In forza dell’art. 2, n. 1, primo comma, del protocollo, a decorrere dall’entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, vale a dire a decorrere dal 1° maggio 1999, l’*acquis* di Schengen si applica immediatamente ai tredici Stati membri elencati nell’art. 1 del protocollo medesimo. In generale, sulla c.d. integrazione dell’*acquis* di Schengen nell’ambito dell’Unione europea, si v., tra i molti, B. NASCIBENE, *L’incorporazione degli Accordi di Schengen nel quadro dell’Unione europea e il futuro ruolo del Comitato parlamentare di controllo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, 731 ss.; con particolare riferimento all’art. 54 CAAS, si v. A. CIAMPI, *La nozione europea di “persona giudicata con*

Il divieto di doppio processo è dunque parte di un accordo negoziato e concluso fuori dell'Unione europea e solo successivamente "incorporato" nel quadro di quest'ultima<sup>454</sup>.

L'art. 2 del Protocollo sull'integrazione dell'*acquis* di Schengen affidava al Consiglio il compito di determinare la base giuridica di ciascuna delle disposizioni dell'*acquis*, individuandola, alternativamente, nel Trattato CE o nel titolo VI del Trattato sull'Unione europea (TUE). La base giuridica del *ne bis in idem* codificato nell'art. 54 CAAS è stata individuata dal Consiglio negli artt. 34 TUE e 31 TUE che fanno parte del titolo VI del Trattato sull'Unione europea, intitolato "Disposizioni sulla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale"<sup>455</sup>.

Per quanto poi concerne la competenza della Corte di giustizia a pronunciarsi in via pregiudiziale sull'interpretazione dell'art. 54 CAAS, questa si fonda sull'art. 35 TUE, ai sensi del quale la Corte del Lussemburgo è competente a pronunciarsi in via pregiudiziale, tra l'altro, "sull'interpretazione delle convenzioni stabilite in base al [...] titolo [VI] e sull'interpretazione delle misure di applicazione delle stesse"<sup>456</sup>. Com'è stato evidenziato, la particolarità – se non addirittura l'unicità – delle questioni interpretative poste dagli accordi di Schengen, è che tali accordi non sono stati originariamente adottati dal Consiglio, che ne ha successivamente raccomandato l'adozione a tutti gli Stati membri, ma, come detto, sono stati inizialmente conclusi da alcuni Stati al di fuori del TUE;

---

*sentenza definitiva" e le condanne "patteggiate", in Int'l Lis, 2003, 115 s.; L. SALAZAR, Il principio del ne bis in idem all'attenzione della Corte di Lussemburgo (I), in Dir. pen. proc., 2003, 908.*

<sup>454</sup> Le regole della CAAS sul *ne bis in idem* sono oggi applicabili in tutta l'Unione europea, inclusi in nuovi Stati membri (cfr. art. 3 dello *Accession Act*, in GUCE L 236 del 23 settembre 2003, p. 33 e l' Allegato I, n. 2, p. 50), la Norvegia e l'Islanda. L'Irlanda ed il Regno Unito, che non sono immediatamente vincolati dalla CAAS, hanno chiesto di partecipare all'applicazione delle disposizioni di cui agli artt. 54-58 CAAS. Le loro richieste sono state accettate dal Consiglio con due separate decisioni (cfr. per il Regno Unito la decisione del Consiglio del 29 maggio 2000, in GUCE L 131 del 1 giugno 2000, 43; per l'Irlanda la decisione del Consiglio del 28 febbraio 2002, in GUCE L 64 del 7 marzo 2002, 20). Si v. sul punto il *Commission Staff working document. Annex to the Green paper On conflicts of Jurisdictions*, cit., 45.

<sup>455</sup> Cfr. le decisioni 1999/435/CE e 1999/436/CE, entrambe del 20 maggio 1999, in GUCE, 10 luglio 1999, L 176, 1 ss. e 17 ss.; più ampiamente sul punto A. CIAMPI, *La nozione europea di "persona giudicata"*, cit., 115 s.

<sup>456</sup> Sul punto, cfr. I. INGRAVALLO, *Il ne bis in idem nel processo penale secondo una recente sentenza della Corte di giustizia*, in *Dir. Un. europea*, 2003, 497; L. SALAZAR, *Il principio del ne bis in idem all'attenzione della Corte di Lussemburgo*, cit., 908, cui si rinvia anche per i necessari riferimenti bibliografici.

nondimeno, in forza dell'avvenuta integrazione nel diritto dell'Unione, essi possono essere *considerati*, ai fini dell'esercizio della competenza in via pregiudiziale della Corte di giustizia, alla stregua di convenzioni stabilite ai sensi del Titolo VI<sup>457</sup>.

Ciò detto, si tratta a questo punto di analizzare il contenuto normativo dell'art. 54 CAAS, con particolare riferimento alla c.d. condizione dell'esecuzione prevista dalla norma e alle deroghe espresse all'efficacia del principio del *ne bis in idem* di cui all'art. 55 CAAS. Alla questione del requisito della "identità dei fatti" e quindi la nozione di "idem" è invece dedicato il prossimo capitolo, cui pertanto si rimanda.

### **3.2. La condizione dell'esecuzione prevista dall'art. 54 CAAS**

L'art. 54 CAAS subordina l'efficacia del *ne bis in idem* alla "condizione che, in caso di condanna, la pena sia stata eseguita o sia effettivamente in corso di esecuzione attualmente o, secondo la legge dello Stato contraente di condanna, non possa più essere eseguita". Sulla condizione di esecuzione come limite all'efficacia del *ne bis in idem* internazionale si è già detto in precedenza<sup>458</sup>. In questa sede, pertanto ci limiteremo a tratteggiare l'efficacia di detta condizione alla luce della recente giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee, la quale ha chiarito cosa debba intendersi per "pena eseguita" o "in corso di esecuzione" ai fini dell'art. 54 CAAS.

Innanzitutto i giudici del Lussemburgo hanno affermato che il divieto di *bis in idem* opera anche quando un imputato, conformemente al diritto dello Stato che per primo è addivenuto ad una condanna, è stato condannato ad una pena detentiva condizionalmente sospesa<sup>459</sup>. A giudizio della Corte, infatti, "una pena

---

<sup>457</sup> Sul punto, A. CIAMPI, *La nozione europea di "persona giudicata"*, cit., 116.

<sup>458</sup> Cfr. *supra*, Cap. II, para 4.4.

<sup>459</sup> Cfr. la sentenza della CGCE del 18 luglio 2007, *Kretzinger*, para 42 e 43: "occorre constatare che una pena detentiva a cui è stata applicata la sospensione condizionale costituisce, per il fatto che sanziona il comportamento illecito di un soggetto condannato, una pena ai sensi dell'art. 54 della CAAS. La detta pena dev'essere considerata come «effettivamente in corso di esecuzione attualmente» fin dal momento in cui la condanna è divenuta esecutiva e durante il periodo di sospensione. Inoltre, una volta che il periodo di sospensione è scaduto, la pena dev'essere considerata come «eseguita» ai sensi di questa stessa disposizione. Questa interpretazione, secondo la quale anche una pena detentiva cui sia stata applicata la sospensione condizionale soddisfa la condizione di esecuzione, è corroborata, come hanno sottolineato in particolare il governo ceco e la Commissione, dal fatto che sarebbe incoerente, da un lato, considerare qualsiasi privazione della

detentiva a cui è stata applicata la sospensione condizionale costituisce, per il fatto che sanziona il comportamento illecito di un soggetto condannato, una pena ai sensi dell'art. 54 della CAAS<sup>460</sup>. Conseguentemente “detta pena dev'essere considerata come ‘effettivamente in corso di esecuzione attualmente’ fin dal momento in cui la condanna è divenuta esecutiva e durante il periodo di sospensione. Inoltre, una volta che il periodo di sospensione è scaduto, la pena dev'essere considerata come ‘eseguita’ ai sensi di questa stessa disposizione”<sup>461</sup>.

La Corte giunge a questa conclusione in forza di due differenti argomenti. Il primo, invero non del tutto convincente, seppure supportato dalle conclusioni dell'Avvocato generale<sup>462</sup>, consiste nel ritenere che anche una pena condizionalmente sospesa *sanzioni* il comportamento illecito del soggetto condannato<sup>463</sup>. In realtà, un'analisi delle disposizioni previste negli ordinamenti nazionali, dimostra che non sempre il giudice, nel disporre la sospensione condizionale della pena, impone al condannato l'adempimento di particolari obblighi<sup>464</sup>. Dal momento che nulla esclude che l'unico obbligo imposto al condannato consista nel divieto di commettere nuovi reati, pena la revoca della sospensione, sembra difficile affermare che una pena condizionalmente sospesa abbia effetti propriamente sanzionatori-afflittivi.

---

libertà effettivamente subito come un'esecuzione ai sensi dell'art. 54 della CAAS e, dall'altro, escludere che le pene cui sia stata applicata la sospensione condizionale, che vengono normalmente inflitte per reati meno gravi, possano soddisfare la condizione di esecuzione contenuta in tale articolo consentendo così un nuovo procedimento penale”.

<sup>460</sup> Sentenza della CGCE del 18 luglio 2007, *Kretzinger*, para 42.

<sup>461</sup> *Ibidem*.

<sup>462</sup> L'Avv. generale Sharpston nelle sue conclusioni relative alla causa *Kretzinger* (para 46 ss.) afferma che “la sospensione di una pena detentiva è sempre subordinata al rispetto, da parte del reo, di alcune condizioni imposte dal giudice competente per il periodo di sospensione [...] Dal punto di vista sostanziale, una condanna detentiva sospesa racchiude in sé una pena in corso di esecuzione. Una persona soggetta a una pena detentiva sospesa è stata processata, condannata e punita. Per effetto del periodo di sospensione, durante il quale tale persona deve rispettare alcune condizioni obbligatorie, la sua normale libertà di agire è temporaneamente limitata. La suddetta persona è inoltre consapevole che, qualora violi le condizioni della sospensione, sarà probabilmente tradotta in carcere per scontare la pena detentiva. Essa vive con questa spada di Damocle pendente sopra la testa. È quindi chiaro che una pena detentiva sospesa «penalizza» effettivamente il reo, anche se in misura minore rispetto a una pena detentiva di immediata applicazione. Di conseguenza, essa dev'essere considerata, per tutta la sua durata, come una pena che è «stata eseguita o [è] effettivamente in corso di esecuzione attualmente» ai sensi dell'art. 54 della CAAS”.

<sup>463</sup> Sentenza della CGCE del 18 luglio 2007, *Kretzinger*, para 42.

<sup>464</sup> Cfr. ad esempio la disciplina prevista dal codice penale italiano (art. 163 ss.), in base al quale il giudice, nell'ordinare che l'esecuzione della pena rimanga sospesa, non sempre è obbligato ad imporre al condannato l'adempimento di particolare obblighi.

Il secondo argomento addotto dalla Corte attiene alla coerenza logico-sistematica della garanzia prevista dall'art. 54 CAAS, una volta introdotta all'interno degli ordinamenti penali nazionali. Più precisamente, a giudizio della Corte, sarebbe incoerente considerare come un'esecuzione della pena qualsiasi privazione della libertà effettivamente subita e, allo stesso tempo, "escludere che le pene cui sia stata applicata la sospensione condizionale, che vengono normalmente inflitte per reati meno gravi, possano soddisfare la condizione di esecuzione contenuta in tale articolo [54 CAAS] consentendo così un nuovo procedimento penale"<sup>465</sup>. Anche questo argomento pare poco convincente, poiché la Corte confonde il piano della gravità dei reati con quello dell'esecuzione della pena, senza considerare che una pena condizionalmente sospesa potrebbe essere considerata "eseguita" o "in corso di esecuzione" ai sensi dell'art. 54 CAAS per il solo fatto che gli ordinamenti che prevedono l'istituto della sospensione condizionale attribuiscono alla mancata commissione di reati durante il periodo di sospensione efficacia *estintiva* della pena<sup>466</sup>. Non solo: nelle ipotesi di pena condizionalmente sospesa, poiché il condannato non si è volontariamente sottratto all'esecuzione della pena, non sembra sussistere la ragione principale che ha spinto gli Stati a subordinare il *ne bis in idem* internazionale alla c.d. condizione dell'esecuzione, vale a dire un rischio di impunità<sup>467</sup>.

In secondo luogo, a giudizio della Corte di giustizia la pena inflitta non può considerarsi "eseguita" né "in corso di esecuzione" quando l'imputato è stato posto brevemente in stato di arresto di polizia e/o di custodia cautelare e quando, secondo il diritto dello Stato di condanna, di tale privazione della libertà si deve tener conto nell'esecuzione successiva della pena detentiva<sup>468</sup>. A sostegno di questa tesi milita il fatto che nel corso di un procedimento giudiziario, tanto l'arresto di polizia che la custodia cautelare si collocano in un momento

---

<sup>465</sup> Sentenza della CGCE del 18 luglio 2007, *Kretzinger*, para 43.

<sup>466</sup> Così ad esempio l'art. 167 del codice penale italiano. Discorso sensibilmente diverso è quello svolto dall'avv. generale Sharpston nelle sue conclusioni relative alla causa *Kretzinger*, cit., para 51 : "Rilevo inoltre che nel contesto *nazionale*, di regola, si ritiene che una persona condannata a una pena sospesa possa invocare il principio *ne bis in idem*. Essa è già stata esposta a un rischio una volta e non deve poter essere perseguita una seconda volta per i medesimi fatti. Non vedo alcun motivo per cui la conclusione dovrebbe essere diversa nel contesto dell'Accordo di Schengen".

<sup>467</sup> Cfr. *supra* Cap. II, para 4.4.

<sup>468</sup> Cfr. la sentenza della CGCE del 18 luglio 2007, *Kretzinger*, para 52.

antecedente alla sentenza definitiva e rispondono ad esigenze cautelari; di contro, la *ratio* della condizione dell'esecuzione è quella di "evitare che un soggetto che è stato giudicato con sentenza definitiva in un primo Stato contraente non possa più essere perseguito per i medesimi fatti e resti quindi, alla fine, impunito quando il primo Stato di condanna non ha fatto eseguire la pena inflitta"<sup>469</sup>. Stante la diversità di *rationes* applicative, argomenta la Corte, sarebbe illogico considerare il fermo di polizia e la custodia cautelare in carcere alla stregua di una pena eseguita o in corso di esecuzione, come tale rilevante ai fini dell'esistenza della preclusione processuale.

Infine, in una recente sentenza i giudici del Lussemburgo hanno chiarito che il presupposto di esecuzione di cui all'art. 54 CAAS "è soddisfatto quando si constati che, nel momento in cui il secondo procedimento penale viene avviato nei confronti della medesima persona per i medesimi fatti che hanno già dato luogo ad una condanna nel primo Stato contraente, la sanzione applicata in tale primo Stato non può più essere eseguita secondo le leggi di quest'ultimo"<sup>470</sup>. In particolare, a giudizio della Corte, la condizione dell'esecuzione non deve essere interpretata nel senso che la pena irrogata avrebbe dovuto essere passibile di esecuzione *quantomeno* alla data della sua irrogazione in base alla normativa dello Stato contraente di condanna. Ed invero, l'art. 54 CAAS non stabilisce che la sanzione dovesse essere direttamente eseguibile, ai sensi del diritto di detto Stato di condanna, ma richiede soltanto che la sanzione applicata da una decisione definitiva «non possa più essere eseguita». I termini «non (...) più» si riferiscono pertanto al momento in cui iniziano nuovi procedimenti penali, in merito ai quali il giudice competente del secondo Stato contraente deve verificare se ricorrano i presupposti previsti all'art. 54 della CAAS<sup>471</sup>. In altre parole, il divieto di *bis in idem* opera anche quando la pena inflitta nel primo Stato non abbia mai potuto essere direttamente eseguita a causa di peculiarità procedurali, come quelle esistenti nel caso oggetto di esame da parte della Corte<sup>472</sup>.

---

<sup>469</sup> Sentenza della CGCE del 18 luglio 2007, *Kretzinger*, para 51.

<sup>470</sup> Sentenza della CGCE dell'11 dicembre 2008, *Bourquain*, para 48.

<sup>471</sup> Sentenza della CGCE dell'11 dicembre 2008, *Bourquain*.

<sup>472</sup> Sentenza della CGCE dell'11 dicembre 2008, *Bourquain*.

Questa interpretazione “restrittiva” della condizione dell’esecuzione, diretta ad ampliare l’ambito applicativo del divieto di doppio giudizio, pare tanto più opportuna alla luce dello scarso fondamento razionale assunto oggi dal presupposto in discorso<sup>473</sup>. A premere per una lettura minimalista di questo presupposto applicativo del divieto di *bis in idem* sembrano infatti esserci le stesse esigenze di politica criminale che hanno spinto la Commissione ad augurarsi che in un prossimo futuro l’esecuzione della prima sentenza non figuri più tra i presupposti della preclusione processuale contenuta nell’art. 54 CAAS; ed invero, mentre la condizione dell’esecuzione può trovare giustificazione in un sistema di cooperazione giudiziaria di tipo tradizionale, è quantomeno dubbio, a giudizio della Commissione, che essa mantenga la propria *ratio essendi* all’interno dello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia, dove regna un elevato livello di fiducia tra gli Stati membri e sussistono diversi strumenti normativi diretti a facilitare l’esecuzione della sentenza estera<sup>474</sup>.

### 3.3. Le ipotesi derogatorie previste dall’art. 55 CAAS

Passando adesso all’esame delle clausole derogatorie espresse all’efficacia della *bis in idem* europeo, queste sono previste dall’art. 55 CAAS e consistono in altrettante ipotesi in cui gli interessi degli Stati, volti a reprimere “in proprio” determinati illeciti, prevalgono sulle esigenze di tutela dei singoli individui<sup>475</sup>.

Poiché queste eccezioni al divieto di doppio giudizio hanno un margine applicativo potenzialmente amplissimo, le esigenze di garanzia della persona emergono quasi esclusivamente sul piano pratico-applicativo, espressamente disciplinato dalla Convenzione. In particolare, le deroghe alla preclusione processuale codificate dall’art. 55 CAAS operano solo se lo Stato dichiara,

---

<sup>473</sup> Su cui *supra*, cap. II, para 4.4.

<sup>474</sup> Commissione delle Comunità europee, Libro verde sui conflitti di giurisdizione, cit., 9.

<sup>475</sup> In base all’art. 55.1 CAAS, “una Parte contraente può, al momento della ratifica, dell’accettazione o dell’approvazione della presente Convenzione [di applicazione dell’Accordo di Schengen] dichiarare di non essere vincolata dall’art. 54 in uno o più dei seguenti casi: a) quando i fatti oggetto della sentenza straniera sono avvenuti in parte sul suo territorio in tutto o in parte. In quest’ultimo caso questa eccezione non si applica se i fatti sono avvenuti in parte sul territorio della Parte contraente nel quale la sentenza è stata pronunciata; b) quando i fatti oggetto della sentenza straniera costituiscono un reato contro la sicurezza o contro altri interessi egualmente essenziali di quella Parte contraente; c) quando i fatti oggetto della sentenza straniera sono stati commessi da un pubblico ufficiale di quella Parte contraente in violazione dei doveri del suo ufficio”.

espressamente ed in via preventiva<sup>476</sup>, di volersene avvalere; in ogni caso, poi, è fatta salva la possibilità degli Stati di ritirare in ogni tempo le dichiarazioni precedentemente rese<sup>477</sup>. Mentre la mancanza di automatismi all'efficacia delle deroghe e la necessità di una dichiarazione *ad hoc* evidenziano la natura eccezionale delle disposizioni in commento, la previsione della possibilità per gli Stati di rinunciare ad eccezioni precedentemente accolte, ma non di dichiarare successivamente di volersi avvalere di una determinata eccezione prevista dall'art. 55 CAAS, sembra volta a tutelare gli interessi dei singoli, a scapito di quelli statuali.

Nella medesima prospettiva di tutela dei diritti della persona pare doversi leggere anche il disposto dell'art. 55.4 CAAS, in forza del quale le eccezioni che sono state oggetto di una precedente dichiarazione non trovano applicazione se lo Stato in questione “ha, per gli stessi fatti, richiesto l'instaurazione del procedimento penale all'altra Parte contraente o concesso estradizione della persona in questione”; ed invero, posto che questi atti implicano una rinuncia, per lo meno momentanea, all'esercizio della propria potestà punitiva, un eventuale ripensamento dello Stato in merito all'opportunità di processare “in proprio” certi fatti, non sarebbe in grado di giustificare la lesione delle istanze di garanzia individuale che il rinnovamento del giudizio comporta.

Passando adesso ad analizzare il contenuto e la *ratio* delle ipotesi disciplinate dall'art. 55 CAAS, queste sembrano riconducibili a due diverse situazioni, che, per differenti motivi, impediscono la risoluzione dei conflitti positivi di giurisdizione e, quindi, l'applicazione della preclusione processuale: si tratta, da un lato, del particolare tipo di criterio giurisdizionale che viene in gioco e, dall'altro, della peculiare tipologia di reato che è stato commesso.

Per quanto riguarda la prima ipotesi derogatoria, questa è prevista dall'art. 55 lettera a), ed è volta a garantire ai singoli Stati la facoltà di giudicare in ogni caso i fatti commessi, in tutto o in parte, sul proprio territorio, a prescindere dal fatto che un altro Paese, in forza di un criterio extraterritoriale di esercizio della giurisdizione, abbia già proceduto per i medesimi fatti. Si tratta di una “classica” ipotesi derogatoria all'efficacia del divieto di doppio processo, su cui abbiamo già

---

<sup>476</sup> Cfr. art. 55.1 CAAS.

<sup>477</sup> Art. 55.3 CAAS.



avuto modo di soffermarci in precedenza<sup>478</sup>. Sia qui sufficiente evidenziare come in forza dell'art. 55.1, lett. a), secondo periodo, questa eccezione, fondata sulla supposta primazia del principio di territorialità, non può operare quando i fatti in discorso sono avvenuti, in tutto o in parte, *anche* sul territorio del primo Stato che ha proceduto.

Per quanto concerne la seconda situazione legittimante una deroga al divieto di doppio processo, questa, come accennato, è costituita dalla commissione di due particolari ipotesi delittuose, rispetto alle quali è più forte l'interesse dello Stato a giudicare "in prima persona" l'autore dell'illecito.

Una prima tipologia criminosa è quella prevista dall'art. 55.1 lett. b) della CAAS, che richiama, con una formula ormai divenuta tralaticia<sup>479</sup>, non meglio specificati reati "contro la sicurezza o contro altri interessi egualmente essenziali" dello Stato, attribuendo così al c.d. principio della personalità passiva una valenza derogatoria del tutto analoga a quella riconosciuta al principio di territorialità; e se è vero che, per espresso disposto della Convenzione, gli Stati, nel momento in cui dichiarano di volersi avvalere dell'eccezione in parola, devono precisare le categorie di reati per le quali quest'ultima può trovare applicazione, è parimenti indubitabile che, stante l'assoluta indeterminatezza dell'art. 55.1 lett. b), questo limite ha potenzialità applicative dirompenti, in grado di paralizzare l'efficacia della preclusione processuale nella stragrande maggioranza delle ipotesi in cui potrebbe venire in gioco<sup>480</sup>.

La seconda tipologia criminosa è descritta, con una maggiore attenzione per le esigenze di tassatività, dall'art. 55.1 lett. c), che attribuisce rilevanza all'ipotesi in cui i fatti oggetto della sentenza straniera sono stati commessi da un pubblico ufficiale dello Stato che intende procedere *in idem*, in violazione dei doveri del suo ufficio. Ebbene, poiché si tratta di un'ipotesi palesemente speciale rispetto a quella prevista dalla lettera b), essa avrebbe potuto spiegare analoga efficacia derogatoria rispetto al divieto di doppio processo anche se non fosse stata fatta

---

<sup>478</sup> Cfr. *supra*, Cap. II, para 4.3.

<sup>479</sup> La formula solitamente contenuta nei trattati internazionali è "atti diretti contro l'interesse dello Stato"; cfr. sul punto L. CORDÌ, *Il principio del ne bis in idem nella dimensione*, cit., 789.

<sup>480</sup> L'esigenza di porre argini applicativi maggiormente determinati a questa particolare ipotesi derogatoria al principio del *ne bis in idem* si è palesata numerose volte in sede di redazione di trattati internazionali; sul punto, L. CORDÌ, *Il principio del ne bis in idem nella dimensione*, cit., 789.

oggetto di una previsione *ad hoc*; il profilo maggiormente interessante di questa disposizione sembra pertanto risiedere nel fatto che essa introduce una sorta di presunzione relativa nei rapporti tra gli Stati, in forza della quale i singoli ordinamenti hanno sempre interesse a giudicare “in proprio” i delitti dei propri funzionari commessi in violazione dei doveri d’ufficio, a prescindere dalle risultanze processuali del giudizio estero. Questa disposizione sembra quindi implicitamente riconoscere che i conflitti di giurisdizione tra gli Stati, quando hanno ad oggetto determinati delitti, non possono essere risolti, poiché gli Stati sono “naturalmente” mossi da interessi differenti nell’accertamento del reato, quando non addirittura contrapposti; ed invero, se in via generale gli ordinamenti nazionali non hanno nessun interesse ad accertare i profili di responsabilità del pubblici ufficiali stranieri verso la Pubblica Amministrazione di un altro Stato, in alcune ipotesi, come ad esempio nei casi di corruzione internazionale, essi possono avere persino interesse a concludere il processo con un’assoluzione o con una condanna oltremodo blanda.

#### **4. Il *ne bis in idem* configurante un limite alla cooperazione giudiziaria interstatuale**

Anche nel quadro dello spazio europeo di libertà, giustizia e sicurezza il *ne bis in idem* non cessa di costituire un limite alla assistenza giudiziaria in materia penale. Nonostante il riconoscimento del *ne bis in idem* internazionale nell’art. 54 CAAS, rimane infatti fermo il principio, di cui è espressione il *ne bis in idem* estradizionale, per cui il rischio di un secondo giudizio in *eadem rem* può costituire legittimo rifiuto di assistenza giudiziaria da parte degli Stati<sup>481</sup>. Sulle ragioni che hanno indotto gli Stati a mantenere fermo questo principio ci siamo già soffermati in precedenza e non pare qui opportuno ripetersi. È sufficiente qui ribadire che, da un lato, il rifiuto di assistenza è chiaramente diretto ad ostacolare,

---

<sup>481</sup> Sui rapporti tra *ne bis in idem* e assistenza giudiziaria in materia penale, si v., tra i molti, N. GALANTINI, *Una nuova dimensione per il ne bis in idem internazionale*, in *Cass. pen.*, 2004, 3482; ID., *L’evoluzione del principio del ne bis in idem europeo tra norme convenzionali e norme interne di attuazione*, relazione presentata all’Incontro di Studio organizzato dal CSM su “Il principio del *ne bis in idem* in ambito europeo: prevenzione e composizione dei conflitti di giurisdizione”, in particolare p. 8 e ss. dell’estratto; M. PISANI, *Ne bis in idem y cooperación judicial europea*, in *El principio de ne bis in idem en el Derecho penal europeo e internacional*, a cura di L. Arroyo Zapatero – A. Nieto Martín, Murcia, 2007, 173 ss.

sul piano fattuale, l'instaurazione di un secondo processo in *idem*; dall'altro, che alla base della scelta dello Stato che ha già proceduto di sottrarsi ai doveri di cooperazione vi sono anche motivi di giustizia sostanziale, che premono affinché la persona già giudicata non debba essere sottoposta ad un nuovo processo<sup>482</sup>.

Se la *ratio* del rifiuto di assistenza è chiara, merita nondimeno evidenziare come l'evoluzione normativa è andata nel senso di ampliare le ipotesi in cui il *ne bis in idem* viene in gioco come limite alla cooperazione giudiziaria. Nel momento in cui, in ambito europeo, si ampliano le occasioni di collaborazione giudiziaria tra gli Stati nella comune lotta contro il crimine, allo stesso tempo emergono infatti nuovi profili di operatività del *ne bis in idem* che si aggiungono alle classiche ipotesi del *ne bis in idem* estradizionale<sup>483</sup>. Ed invero, alcuni recenti strumenti internazionali prevedono espressamente il rifiuto di assistenza giudiziaria funzionale ad impedire che l'*accertamento* del reato nello Stato che sta procedendo in *idem* possa essere effettuato. Anche in questi casi, così come avviene con il *ne bis in idem* estradizionale, il rifiuto di assistenza è funzionale ad impedire, di fatto, la duplicazione dei procedimenti; ciò che è nuovo, tuttavia, è la modalità con cui gli Stati tentano di ostacolare l'instaurazione di un nuovo processo in *eadem rem*. Inoltre, com'è stato autorevolmente notato, si tratta in questi casi di un rafforzamento "guidato" dell'autorità del giudicato penale verso l'esterno, mirato a favorire l'applicazione del divieto di doppio processo anche quando lo Stato che intende procedere in *idem* non vuole osservarlo o non vi è tenuto<sup>484</sup>.

L'esempio più importante è forse offerto dalle ipotesi in cui il rischio di *bis in idem* è alla base del rifiuto dello Stato di cooperare nella raccolta del materiale probatorio necessario per l'instaurazione o la prosecuzione del procedimento nello Stato richiedente. Lo Stato che ha già proceduto, nel momento in cui si sottrae ai doveri di cooperazione, può provocare un vero e proprio vuoto probatorio, soprattutto nelle ipotesi in cui il reato è stato commesso in tutto o in parte sul

---

<sup>482</sup> In questo senso, chiaramente, N. GALANTINI, *Una nuova dimensione per il ne bis in idem internazionale*, cit., 3482.

<sup>483</sup> N. GALANTINI, *L'evoluzione del principio del ne bis in idem europeo tra norme convenzionali e norme interne di attuazione*, cit., 7 e ss. dell'estratto

<sup>484</sup> N. GALANTINI, *L'evoluzione del principio del ne bis in idem europeo tra norme convenzionali e norme interne di attuazione*, cit., p. 8 dell'estratto.

proprio territorio<sup>485</sup>. Tra i trattati che si collocano in questa prospettiva può annoverarsi la Convenzione del 1990 relativa al riciclaggio, la ricerca e la confisca dei proventi del reato<sup>486</sup>; l'art. 18 lett. e) di tale convenzione prevede espressamente che la collaborazione giudiziaria può essere rifiutata qualora la Parte richiesta ritenga che la misura in relazione alla quale si richiede assistenza violerebbe il principio del *ne bis in idem*<sup>487</sup>.

Sulla stessa linea si pone anche il recente Accordo concluso tra Italia e Svizzera nel 1998<sup>488</sup>; l'art. 3 comma 1 di tale convenzione, significativamente rubricato “*ne bis in idem*” prevede infatti che “l’assistenza giudiziaria è rifiutata se la domanda concerne fatti sulla base dei quali la persona perseguita è stata definitivamente assolta nel merito o condannata nello Stato richiesto per un reato corrispondente per quanto riguarda l’essenziale, a condizione che la sanzione penale eventualmente pronunciata sia in corso di esecuzione o sia stata già eseguita”. In questa ipotesi, poiché il motivo di rifiuto è contemplato dal trattato, l’applicazione in via reciproca del limite all’assistenza sembra operare in un duplice senso: non solo lo Stato richiesto deve astenersi dal prestare la propria collaborazione, ma lo Stato bisognoso di materiale probatorio extraterritoriale è privo del potere di chiedere l’assistenza necessaria<sup>489</sup>. Pare insomma, come del resto affermato dalla giurisprudenza di merito, che la disposizione sul *ne bis in idem* contenuta nell’accordo italo-svizzero comporta la “rinuncia dello Stato italiano alla assunzione di prove per rogatoria”<sup>490</sup>.

Senza poterci qui dilungare sul punto, questo nuovo modo di intendere il *ne bis in idem* sembra avere una portata dirompente in tutti i casi in cui l’autorità giudiziaria intende procedere per fatti espressione di criminalità transfrontaliera,

---

<sup>485</sup> N. GALANTINI, *Una nuova dimensione per il ne bis in idem internazionale*, cit., 3482.

<sup>486</sup> Tale Convenzione, conclusa a Strasburgo l’8 novembre 1990, è stata ratificata dall’Italia con l. 9 agosto 1993, n. 328.

<sup>487</sup> Sul punto, e per un più puntuale richiamo alle convenzioni che prevedono il *ne bis in idem* come motivo di rifiuto dell’assistenza giudiziaria in materia penale, cfr. N. GALANTINI, *L’evoluzione del principio del ne bis in idem europeo tra norme convenzionali e norme interne di attuazione*, cit., 8 ss.

<sup>488</sup> Accordo del 10 settembre 1998, ratificato con l. 5 ottobre 2001, n. 367, che completa la Convenzione europea di assistenza giudiziaria. L’Accordo è entrato in vigore il 1° giugno 2003.

<sup>489</sup> In questo senso N. GALANTINI, *Una nuova dimensione per il ne bis in idem internazionale*, cit., 3482.

<sup>490</sup> Corte di appello di Palermo, 22 luglio 2003, inedita.

come ad esempio il traffico di stupefacenti, rispetto ai quali l'assunzione di prove per rogatoria è a dir poco fondamentale.

Menzione a parte meritano le norme sul *ne bis in idem* contenute nella recente decisione quadro sul mandato di arresto europeo<sup>491</sup>. In base all'art. 3 n. 2 della decisione quadro, la circostanza che "una persona ricercata sia stata giudicata con sentenza definitiva per gli stessi fatti da uno Stato membro" costituisce motivo di non esecuzione obbligatoria del MAE. Com'è stato puntualmente notato, la decisione quadro si è dunque preoccupata di sottolineare che all'effetto in positivo del riconoscimento del provvedimento coercitivo si accompagni l'effetto in negativo del *ne bis in idem*<sup>492</sup>. Inoltre, poiché tra i motivi di non esecuzione facoltativa del MAE vi è la presenza di una sentenza definitiva pronunciata in uno Stato terzo<sup>493</sup>, si assiste ad un'estensione della tutela del *ne bis in idem* oltre i confini dello Spazio giudiziario europeo<sup>494</sup>. Infine, merita evidenziare che tra i motivi di non esecuzione facoltativa del MAE rientra anche l'ipotesi in cui un processo per i medesimi fatti per cui è stata spiccato un mandato di arresto europeo è *pendente* di fronte ai giudici di un altro Stato membro<sup>495</sup>; laddove gli Stati decideranno di utilizzare questa norma contenuta nella decisione quadro, si assisterà ad una maggiore tutela dai rischi di duplicazione dei giudizi anche nelle ipotesi di litispendenza internazionale.

## 5. Il *ne bis in idem* esecutivo

Qualunque sia l'ampiezza riconosciuta al divieto di doppio giudizio contenuto nell'art. 54 CAAS, c'è un'ulteriore questione da risolvere, e cioè quale rilevanza assuma il principio di compensazione (talvolta chiamato anche *ne bis in idem*

---

<sup>491</sup> Decisione quadro del Consiglio del 13 giugno 2002, relativa al mandato di arresto europeo e alla procedura di consegna tra gli Stati membri (2000/5847GAI), pubblicata in *GUCE* 18 luglio 2002. Sul ruolo giocato dal principio del *ne bis in idem* all'interno della decisione quadro sul MAE, cfr. per tutti G. IZZOLINO, *Il limite del ne bis in idem nell'esecuzione del mandato di arresto europeo*, Relazione tenuta all'incontro di studio organizzato dal C.S.M. *Il principio del "ne bis in idem" in ambito europeo: prevenzione e composizione dei conflitti di giurisdizione*, Roma, 19-21 settembre 2005.

<sup>492</sup> N. GALANTINI, *Una nuova dimensione per il ne bis in idem*, cit. 3478. Cfr. sul punto anche C. PANSINI, *Il rifiuto della consegna motivato da esigenze "processuali"*, in AA.VV., *Il Mandato d'Arresto Europeo*, a cura di G. Pansini e A. Scalfati, Napoli, 2005, 161 ss.

<sup>493</sup> Cfr. art. 4 n. 5 della decisione quadro sul MAE.

<sup>494</sup> N. GALANTINI, *Una nuova dimensione per il ne bis in idem*, cit. 3478

<sup>495</sup> Cfr. art. 4 n. 5 della decisione quadro sul MAE.

esecutivo o *Anrechnungsprinzip*) in ambito europeo e, in particolare, nella Convenzione di Applicazione dell'Accordo di Schengen. Tale interrogativo potrebbe apparire ozioso di fronte al disposto dell'art. 56 CAAS, in base al quale ogni volta che uno Stato instaura un procedimento penale contro una persona che è stata giudicata con sentenza definitiva per i medesimi fatti in un'altra Parte contraente, deve detrarre dalla pena inflitta la parte di pena già scontata<sup>496</sup>; nondimeno, le considerazioni adesso svolte in merito al fondamento ed all'ambito applicativo del principio del *ne bis in idem* sancito dall'art. 54 CAAS, rendono opportuna una breve disamina dei rapporti intercorrenti tra quest'ultima norma e l'art. 56 della Convenzione.

In particolare, si è scelto di orientare l'indagine verso un duplice campo problematico, di estrema rilevanza pratico-applicativa e dove emergono in modo più evidente i limiti del *ne bis in idem* di cui all'art. 54 CAAS, per vedere se ed in che misura queste carenze della norma possono essere soddisfatte dal diverso principio di compensazione, pure operante negli Stati dell'Unione. I terreni d'indagine sono, da un lato, quello della parziale convergenza funzionale che, per il dettato della Convenzione e la prassi degli Stati, si viene a configurare tra gli articoli 54 e 56 della CAAS; dall'altro, quello della portata applicativa del principio di compensazione codificato dall'art. 56 CAAS e della relazione esistente con i presupposti operativi del *ne bis in idem* comunitario. Terreni, lo si vedrà subito, seminati a più colture, dove le componenti dogmatiche si confondono con fenomeni emersi nella pratica giudiziaria, che scuotono le astratte geometrie delle elaborazioni concettuali fino a metterle in discussione e, forse, ad imporre un loro radicale ripensamento.

### **5.1. La parziale convergenza funzionale degli artt. 54 e 56 CAAS**

Non appena si guarda alla giurisprudenza della Corte del Lussemburgo, un dato empirico balza immediatamente agli occhi: ad oggi, tutte le questioni

---

<sup>496</sup> L'art. 56 CAAS prevede infatti che "Se in una parte contraente un nuovo procedimento penale è instaurato contro una persona che è stata giudicata con sentenza definitiva per i medesimi fatti in un'altra parte contraente, ogni periodo di privazione della libertà scontata sul territorio di quest'ultima Parte contraente per quei fatti dovrà essere detratto dalla pena che sarà eventualmente inflitta. Si terrà altresì conto, nella misura consentita dalla legge nazionale, delle pene diverse da quelle privative della libertà che siano state eseguite".

pregiudiziali sottoposte alla Corte di giustizia delle Comunità europee e concernenti la preclusione processuale sancita dalla Convenzione, traevano origine dalla circostanza che in due Paesi membri dell'Unione si erano *già* svolti due procedimenti aventi ad oggetto i medesimi fatti e, nella maggioranza dei casi, si era già addivenuti a due sentenze definitive. Dalle prime applicazioni del principio emerge dunque come la codificazione del divieto di doppio processo nello spazio dell'Unione non abbia fino ad oggi assolto una reale funzione impeditiva della duplicazione dei procedimenti quanto, piuttosto, una funzione sanzionatoria, per così dire, volta a porre nel nulla gli effetti di un secondo giudizio che si è svolto *nonostante* la vigenza dell'art. 54 CAAS.

È questo un dato che non sorprende più di tanto, se solo si pone mente al fatto che è senza dubbio più difficile per il giudice nazionale accertare se un processo concernente i medesimi fatti e conclusosi con una sentenza definitiva si è già svolto all'estero, anziché, come è fino ad oggi avvenuto, di fronte alle Corti nazionali. Sennonché, questa maggiore difficoltà "oggettiva" non solo non deve essere sopravvalutata, poiché già nell'Unione europea sussistono efficaci strumenti di cooperazione giudiziaria volti a far fronte a tali esigenze, ma essa deve essere al più presto compensata da un più ampio ricorso a questi strumenti, se non si vuole limitare irrazionalmente l'efficacia dell'art. 54 CAAS e rendere in larga parte effimera la garanzia da questo affermata. In particolare, se la disposizione in parola continuerà a venire in gioco "a cose fatte", solo dopo che si è già verificata una duplicazione dei procedimenti penali, non solo si assisterà ad un costoso ed inutile spreco di risorse, tanto da un punto di vista strettamente economico che da quello, altrettanto rilevante, dell'impiego di attività umane, ma proprio questa duplicazione dell'attività processuale costituirà il più chiaro segno di quella mancanza di coordinamento tra diverse autorità giudiziarie che l'unicità dell'azione penale sancita dall'art. 54 sembra in larga parte presupporre. Senza contare, poi, che, in questo modo, la stessa garanzia da un doppio giudizio risulta di fatto amputata: nel momento in cui interviene la tutela predisposta dalla Convenzione, l'imputato ha già sofferto tutte le conseguenze di un secondo processo e si è visto eventualmente infliggere una seconda condanna per i medesimi fatti.

Se tutto ciò che siamo venuti dicendo è vero, sembra anche che allo stato, si sia di fronte ad una sorta di sovrapposizione funzionale tra l'art. 54 CAAS e l'art. 56 CAAS, che è invece volto ad evitare una duplicazione della risposta sanzionatoria sul presupposto, appunto, di un previo giudizio. E' pur vero che, mentre la preclusione processuale rende illegittimo il secondo processo, a prescindere dagli esiti di questo ed anche quando il primo giudizio si è concluso con un'assoluzione<sup>497</sup>, il principio di compensazione, operando sul diverso presupposto della legittimità della duplicazione dei processi, entrambi conclusi con una condanna, mira esclusivamente a limitare gli effetti iniqui, sul piano sostanziale, del rinnovamento del giudizio; ciò non toglie, tuttavia, che, come l'esperienza pratica dimostra, entrambi i principi vengono di fatto in gioco nello stesso momento, quando, invece, la funzione del *ne bis in idem* sancito dall'art. 54 CAAS dovrebbe essere di impedire l'instaurazione o la prosecuzione di un secondo processo e, solo in via eventuale, di rendere illegittimo un processo già conclusosi con una sentenza definitiva.

## **5.2. L'ambito applicativo del principio di compensazione sancito dalla CAAS**

Per quanto concerne la portata applicativa del *ne bis in idem* esecutivo sancito dall'art. 56 CAAS, secondo un'autorevole opinione tale principio opererebbe in via sussidiaria rispetto al divieto di doppio giudizio, assumendo rilevanza nei casi in cui, per qualsiasi motivo, non sia applicabile l'art. 54 CAAS ed i fatti oggetto dei due procedimenti siano gli stessi; in caso contrario, il giudice che conosce del secondo processo deve porvi fine, in quanto contrario al principio del *ne bis in*

---

<sup>497</sup> Sull'applicabilità dell'art. 54 CAAS anche quando la prima sentenza è di assoluzione non esistono invero dubbi, né in dottrina né in giurisprudenza. A parte la profonda irrazionalità ed iniquità cui condurrebbe l'operatività del *ne bis in idem* comunitario limitata alle sentenze di condanna, questa soluzione ermeneutica non trova neppure un solido fondamento normativo; ed invero, come ha avuto modo di affermare la stessa Corte di giustizia (sentenza 28 settembre 2006, *Van Straaten*, causa C-150/05, punto 56), "la proposizione principale contenuta nell'unica frase che costituisce l'art. 54 della CAAS non fa alcun riferimento al contenuto della sentenza passata in giudicato. È solo nella proposizione subordinata che l'art. 54 della CAAS menziona l'ipotesi di una condanna disponendo che, in tal caso, il divieto di procedimento penale è sottoposto a una condizione specifica. Qualora la regola generale enunciata nella proposizione principale fosse applicabile solo alle sentenze di condanna, sarebbe superflua la precisazione secondo cui la regola speciale è applicabile in caso di condanna". Analog., sentenza 28 settembre 2006, *Gasparini*, causa C-467/04, punto 24.



*idem* sancito dall'art. 54 CAAS<sup>498</sup>. Il c.d. *Anrechnungsprinzip* costituirebbe dunque una sorta di palliativo di fronte all'inoperatività della preclusione processuale, volto a garantire la proporzionalità della risposta sanzionatoria ogni volta in cui uno stesso soggetto venga giudicato e sanzionato due volte per il medesimo comportamento<sup>499</sup>; in questa logica di "sussidiarietà", è del tutto naturale che il principio in parola sia subordinato ai medesimi presupposti del *ne bis in idem* processuale e che la nozione di "medesimi fatti" nell'art. 56 CAAS sia la stessa di quella accolta nell'art. 54 CAAS.

In apparenza, quindi, nulla più di una conferma, anche in materia penale, di una regola già operante in altri settori di attività dell'Unione e dunque piena consacrazione del c.d. *Anrechnungsprinzip* come principio veramente comune in ambito comunitario. E tuttavia, non è chi non veda i rischi che questa indiscriminata estensione del principio di compensazione alla materia penale produce; ed infatti qui, a differenza di quanto accade nel settore della concorrenza, tale principio non costituisce un correttivo reso necessario dalla sistematica violazione del *ne bis in idem* processuale<sup>500</sup>, ma si affianca ad esso, ponendo complessi problemi di coordinamento.

In particolare, se si muove dall'idea di un rapporto di sussidiarietà tra le norme in discorso, l'art. 56 CAAS trova applicazione ogni volta in cui non sussistono i presupposti applicativi dell'art. 54 CAAS – perché manca la c.d. "condizione di esecuzione" prevista dalla seconda parte della norma o perché si versa in una delle ipotesi previste dall'art. 55.1 CAAS – e tuttavia, in base alla nozione di *idem* accolta con riferimento alla preclusione processuale, si può ritenere che lo Stato giudica sui "medesimi fatti". In questo modo, tuttavia, si finisce per subordinare l'efficacia dell'art. 56 CAAS alla presenza di condizioni elaborate con riferimento al *ne bis in idem* processuale, dimentichi del fatto che il principio di compensazione risponde ad una *ratio* profondamente diversa, trovando il proprio fondamento in esigenze di equità e di congruità della risposta sanzionatoria in

---

<sup>498</sup> Cfr. le conclusioni avvocato generale Sharpston, Norma Kraaijenbrink, punto 61.

<sup>499</sup> Cfr. Le conclusioni dell'avvocato generale Colomer nella causa Italcementi/Commissione, cit., punto 96.

<sup>500</sup> Sul punto, cfr. *supra*, para 5.1.

larga parte estranee alla preclusione processuale<sup>501</sup>. In altre parole, se si accoglie questa soluzione ermeneutica si giunge alla commistione di piani che invece dovrebbero rimanere ben separati, con l'ulteriore conseguenza che lo Stato che, senza violare il divieto di doppio giudizio previsto dalla CAAS, giudica su un reato concorrente con quello già giudicato dal primo Stato, sarebbe poi costretto, in forza del principio di compensazione sancito dall'art. 56 CAAS, a detrarre la pena inflitta con la prima sentenza.

Dalla costruzione "in parallelo" delle norme in discorso, deriverebbe dunque l'obbligo, per i singoli Stati, di adottare il principio di assorbimento in tutte le ipotesi di concorso formale e materiale di reati, quando uno dei reati concorrenti fosse già stato giudicato all'estero e si trattasse dei "medesimi fatti" ai sensi dell'art. 54 CAAS<sup>502</sup>. Per maggiore chiarezza, si può ricorrere all'esempio dell'uccisione di un cittadino inglese avvenuta a Roma nel corso di una rapina. In questo caso, se una Corte italiana, avvalendosi della condizione sancita dall'art. 55.1 lett. a)<sup>503</sup>, giudicasse "in seconda battuta" la stessa vicenda criminosa, dovrebbe in ogni caso detrarre la pena che un giudice inglese avesse già inflitto per la sola realizzazione della rapina, in forza dell'art. 56 CAAS ed a prescindere dal disposto degli articoli 71 e ss. c.p.. E questo non solo nel caso in cui oggetto del secondo processo in Italia fosse tanto l'omicidio che la rapina, ch  allora l'applicazione dell'art. 56 CAAS sarebbe giustificata, ma anche quando i giudici italiani, "prendendo atto" della precedente pronuncia britannica concernente la rapina, decidessero di procedere solamente per l'omicidio. Di fronte all'irrazionalit  di questa soluzione, che imporrebbe di detrarre dalla pena comminata per l'omicidio quella gi  scontata per la rapina, ed alla palese deroga

---

<sup>501</sup> Tale distinzione   evidenziata gi  da F. CARRARA, che nelle pagine del suo *Programma*, al   1077, cos  scriveva: "Se i principi di giure pubblico non ammettono che si applichi la regola *non bis in idem* fra nazione e nazione, la equit  peraltro esigerebbe che a colui, che vuol nuovamente giudicarsi a cagione di un delitto pel quale ha espiato una pena, si tenesse almeno conto della pena subita, in diminuzione della nuova a cui si vuole sottoporre [...] L'affetto per la indipendenza nazionale non pu  mai legittimare una duplicazione di pene per un solo delitto".

<sup>502</sup> Circa l'interpretazione estensiva del sintagma "medesimi fatti" contenuto nell'art. 54 CAAS adottata dalla CGCE, si v. *infra*, Cap. IV, para 5.3.

<sup>503</sup> Conformemente a questa norma "Una parte contraente pu , al momento della ratifica, dell'accettazione o dell'approvazione della presente Convenzione dichiarare di non essere vincolata dall'art. 54 [...] quando i fatti oggetto della sentenza straniera sono avvenuti sul suo territorio in tutto o in parte. In quest'ultimo caso questa eccezione non si applica se i fatti sono avvenuti in parte sul territorio della Parte contraente nel quale la sentenza   stata pronunciata".

alla disciplina codicistica del concorso di reati, i giudici italiani sarebbero così indotti a giudicare nuovamente anche su quest'ultima, con buona pace del principio del *ne bis in idem* processuale.

Per evitare tale conclusione, al contempo irragionevole e profondamente lesiva della sovranità statale nel momento in cui impone una deroga alla disciplina nazionale del concorso di reati, si potrebbe avanzare l'ipotesi di un'interpretazione del sintagma "medesimi fatti" contenuto nell'art. 56 CAAS indipendente da quella accolta in materia di *ne bis in idem* processuale e maggiormente in linea con il suo fondamento assiologico. In questo modo, diventerebbe possibile sottoporre ad una diversa disciplina i casi in cui la deroga al divieto di un doppio giudizio giustifica anche la duplicazione della risposta sanzionatoria, da quelli in cui, viceversa, l'ammissibilità di un secondo processo in forza dell'art. 55 CAAS e della c.d. clausola di esecuzione contenuta nell'art. 54 CAAS non legittima anche il cumulo delle pene.

La strada, del resto, è già stata indicata dall'avvocato generale nel momento in cui ha affermato che "il principio di compensazione [può] essere considerato un principio generale del diritto penale di tutti gli Stati membri e, per estensione, un principio generale del diritto comunitario derivante da esigenze di equità e dal principio di proporzionalità nel diritto penale"<sup>504</sup>. Peraltro, mentre non si può non concordare con l'avvocato generale nel ritenere che l'art. 56 CAAS sia espressione di tale principio generale del diritto comunitario, non altrettanto obbligata è la conseguenza che da tale affermazione si vuole trarre, e cioè che "il principio di proporzionalità [...] si applica a tutti i casi in cui non sia applicabile il principio *ne bis in idem* di cui all'art. 54 della CAAS"<sup>505</sup>.

Dalla configurazione dell'art. 56 CAAS come espressione particolare del più generale principio di compensazione deriva infatti una duplice conseguenza. Da

---

<sup>504</sup> Conclusioni avvocato generale Sharpston, causa *Kraaijenbrink*, cit., punto 60. L'estensione del principio di compensazione sancito dall'art. 56 della CAAS ad ipotesi diverse da quelle previste dall'art. 55 n. 1 della CAAS è stata oggetto di aspre critiche da parte dei Paesi Bassi. A giudizio di questi, infatti, la questione dell'applicabilità del suddetto principio al di fuori delle ipotesi contemplate nell'art. 55 CAAS deve essere risolta sulla base del diritto nazionale; in caso contrario, altrimenti, si giungerebbe ad una velata armonizzazione del diritto penale nazionale, con elusione delle disposizioni della Convenzione di Applicazione dell'Accordo di Schengen. Cfr. al riguardo le considerazioni svolte dall'Avvocato generale nelle Conclusioni adesso citate, punto 56 e ss.

<sup>505</sup> Conclusioni avvocato generale Sharpston, causa *Kraaijenbrink*, cit., punto 56.

un lato, si assiste al sensibile ampliamento delle ipotesi di necessaria “presa in considerazione” della pena già scontata dall’imputato, operando il principio in parola non solo con riferimento a pene privative della libertà personale ma anche nel caso di pene di specie diversa o di limitazioni della libertà personale diverse dalla pena in senso stretto, come ad esempio la custodia cautelare<sup>506</sup>; dall’altro, e di converso, s’impone una limitazione dell’efficacia applicativa del *ne bis in idem* esecutivo ai soli casi in cui le esigenze di equità che ne costituiscono il fondamento effettivamente sussistono, come dimostra l’esempio prima tratteggiato.

Dalla riconduzione dell’art. 56 CAAS ad un superiore principio di proporzione, discende dunque che la “compensazione” sancita da tale norma non opera in via sussidiaria rispetto al divieto di un doppio giudizio, ma svolge una funzione surrogatoria rispetto al diverso principio del *ne bis in idem* sostanziale, che non è sancito dalla Convenzione di Schengen ma di cui condivide il fondamento; da qui, la necessità di subordinare l’applicazione dell’art. 56 CAAS a presupposti differenti da quelli elaborati con riferimento all’art. 54 CAAS e dettati da esigenze alquanto diverse.

A tal fine, parrebbe innanzitutto opportuna una chiara distinzione tra l’ipotesi in cui il divieto di doppio giudizio sancito dalla Convenzione non trova applicazione in forza della mancata esecuzione della condanna, secondo quanto sancito dalla seconda parte dell’art. 54 CAAS, e l’ipotesi in cui l’inefficacia del *ne bis in idem* processuale trova ragione in istanze di sovranità nazionale, come avviene nei casi previsti dall’art. 55 CAAS<sup>507</sup>. Ed invero, mentre nella prima ipotesi, mancando l’esecuzione della pena, non si pone alcun problema di

---

<sup>506</sup> Cfr. al riguardo le Conclusioni dell’avvocato generale Sharpston nella causa *Kraaijenbrink*, cit., in particolare punto 62 e ss., nonché le Conclusioni dello stesso nella causa *Kretzinger*, cit., punto 55 e ss.

<sup>507</sup> Merita comunque notare che l’art. 55 CAAS non opera in via automatica, ma gli Stati devono dichiarare espressamente di volersi avvalere di queste condizioni; in particolare, ai sensi dell’art. 55 CAAS “una Parte contraente può, al momento della ratifica, dell’accettazione o dell’approvazione della presente Convenzione, dichiarare di non essere vincolata dall’art. 54 in uno o più dei [...] casi” indicati dal comma prima dello stesso articolo. Inoltre, l’art. 55.2 precisa che “una Parte contraente che effettua una dichiarazione in relazione all’eccezione menzionata al paragrafo 1, lettera b) [quando cioè i fatti oggetto della sentenza straniera costituiscono un reato contro la sicurezza o altri interessi egualmente essenziali di quella Parte contraente] preciserà le categorie di reati per le quali tale eccezione può essere applicata”. Infine, il comma terzo statuisce che “una Parte contraente potrà in ogni tempo, ritirare la dichiarazione relativamente ad una o più delle eccezioni di cui al paragrafo 1”.

“compensazione” e l’art. 56 CAAS non ha ragione di essere applicato, se non con riferimento alla parte di pena eventualmente già espiata, il discorso cambia notevolmente nei casi previsti dall’art. 55 CAAS, e più precisamente quando i fatti oggetto della sentenza straniera sono avvenuti, in tutto o in parte, sul territorio dello Stato che intende procedere *in idem*<sup>508</sup>, quando i fatti in questione costituiscono un reato contro la sicurezza o contro altri interessi egualmente essenziali di quello Stato e quando, infine, i fatti oggetto della sentenza straniera sono stati commessi da un pubblico ufficiale di quella Parte contraente in violazione dei suoi doveri d’ufficio. Ebbene, solo in questi ultimi casi, quando cioè la possibilità di procedere *in idem* si giustifica non con l’assenza delle ragioni fondanti la preclusione processuale, ma solamente alla luce dall’interesse dello Stato a tutelare “in proprio” determinati beni giuridici, poiché la deroga all’art. 54 CAAS è dettata esclusivamente da ragioni “esterne” alla *ratio* del *ne bis in idem* processuale, si pone il problema dell’eventuale applicazione dell’art. 56 CAAS e dunque dell’individuazione dei suoi presupposti applicativi.

Per quanto poi concerne la nozione di “medesimi fatti” contenuta nell’art. 56 CAAS, di fronte al diverso tenore della versione inglese e francese della norma, l’unico criterio ermeneutico realmente dirimente sembra essere quello teleologico, che esclude in radice la possibilità di attribuire rilevanza alla mera qualificazione giuridica del fatto ed impone un’analisi dei rapporti intercorrenti tra le fattispecie applicate dai due giudici, eventualmente valorizzando i rispettivi scopi di tutela, anche alla luce dell’applicazione giurisprudenziale delle norme incriminatrici in gioco<sup>509</sup>. Senza potersi qui ulteriormente soffermare, dati i limiti del presente contributo, sui presupposti applicativi dell’art. 56 della Convenzione, non resta che auspicare un prossimo intervento della Corte sul punto, volto a riconoscere l’autonomia logica e funzionale della disposizione rispetto all’art. 54 CAAS<sup>510</sup>; solo in questo modo, infatti, sarà possibile delineare con maggiore sicurezza

---

<sup>508</sup> In questo caso, tuttavia, ai sensi dell’art. 55.1 lett a), l’eccezione non si applica “se i fatti sono avvenuti in parte sul territorio della Parte contraente nel quale la sentenza è stata pronunciata”.

<sup>509</sup> Cfr. C. VAN DEN WYNGAERT-G. STESENS, *The international non bis in idem principle*, cit., 793 s., che sottolineano l’opportunità di applicare il principio non solo nel caso di “sentences with regard to the same offences but, more generally, sentences with regard to the same facts”.

<sup>510</sup> Tale occasione potrebbe essere fornita alla Corte dalla decisione delle cause Kretzinger (C-288/05) e Kraaijenbrink (C-367/05), prima citate. Al momento, infatti, tali cause sono ancora pendenti davanti alla Corte.

l'ambito applicativo della norma, senza disconoscerne il peculiare fondamento assiologico e senza imporre in via surrettizia agli Stati l'adozione del principio di compensazione in tutti i casi di concorso di reati, quando uno di essi sia già stato giudicato all'estero.

#### **6. Prospettive *de iure condendo*: il Programma dell'Aia e i progetti di codificazione di sistemi di allocazione di giurisdizione**

Se questo è lo stato dell'arte per quanto concerne la disciplina dei conflitti positivi di giurisdizione e la problematica del *ne bis in idem*, merita nondimeno notare che la più recente evoluzione del diritto dell'Unione europea sembra caratterizzarsi per un rinnovato interesse per la materia. Le ragioni che hanno fatto sì che le questioni attinenti alla giurisdizione penale, fino a poco tempo fa relegate ai margini del discorso politico internazionale e del dibattito scientifico, assumessero oggi un posto di primo piano nell'agenda politica dell'Unione devono rinvenirsi in una nuova sensibilità per i diritti dei cittadini e, al contempo, in un approccio pragmatico alla questione del *ne bis in idem*.

In primo luogo, infatti, si è fatta strada la consapevolezza che il peso vieppiù crescente assunto dai diritti umani sulla scena internazionale, la dimensione transfrontaliera dell'odierna criminalità e l'aumento delle ipotesi di ricorso, da parte degli Stati, al c.d. principio di ubiquità e a criteri extraterritoriali di esercizio della giurisdizione penale<sup>511</sup>, rendono improcrastinabile una soluzione del problema del *ne bis in idem* internazionale. Alla base degli odierni tentativi di addivenire a sistemi preventivi di allocazione della giurisdizione penale sembra insomma esservi innanzitutto la presa d'atto del moltiplicarsi delle occasioni di *bis in idem* internazionale e la volontà di tutelare i singoli individui dai rischi connessi ad una duplicazione dei procedimenti.

In secondo luogo, e soprattutto, proprio la previsione del divieto di doppio processo nell'art. 54 CAAS e la svolta impressa dalla giurisprudenza della Corte del Lussemburgo, insieme alla chiara enunciazione del diritto a non essere

---

<sup>511</sup> Cfr. J.L. DE LA CUESTA, *Concurrent national and international criminal jurisdiction and the principle "ne bis in idem"*, cit., 715 s.

giudicato o punito due volte per lo stesso reato nell'art. 50 della Carta di Nizza<sup>512</sup>, hanno avuto l'effetto di accelerare la ricerca di un accordo in tema di conflitti positivi di giurisdizione, del resto in linea con quanto previsto dall'art. 31 paragrafo 1 lett. d) del Trattato sull'Unione europea, il quale afferma espressamente che l'azione comune comprende la prevenzione dei conflitti di giurisdizione tra gli Stati membri<sup>513</sup>.

Alla base degli odierni tentativi di predisporre strumenti capaci di evitare, o almeno di limitare, i conflitti positivi di giurisdizione ed i connessi pericoli di una duplicazione dei procedimenti<sup>514</sup> sembra insomma esserci la presa d'atto che il *ne bis in idem* internazionale, introdotto un po' in sordina attraverso la previsione di cui all'art. 54 CAAS, costituisce un principio non solo già operante nello spazio dell'Unione ma anche destinato, come lascia intendere la recente giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee, a vedere i propri margini applicativi progressivamente ampliati nel tempo. E poiché la codificazione del solo *ne bis in idem* internazionale può condurre a risultati fortuiti o persino arbitrari, pare opportuno per gli Stati accordarsi in via preventiva su quale ordinamento abbia una priorità nell'esercizio della giurisdizione e così evitare, quantomeno, di lasciare che sia il solo criterio temporale a decidere le sorti del conflitto giurisdizionale. Ed in questo senso, infatti, sembrano andare alcune recenti proposte provenienti dalle istituzioni comunitarie – innanzitutto il *Libro verde* presentato dalla Commissione<sup>515</sup> – dagli Stati membri dell'Unione<sup>516</sup> e dalla

---

<sup>512</sup> L'art. 50 della Carta dei diritti proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 prevede infatti che "Nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge".

<sup>513</sup> L'art. 31 paragrafo 1 lett. d) del TUE prevede espressamente che l'azione comune comprende la prevenzione dei conflitti di giurisdizione tra gli Stati membri; inoltre, la creazione di un meccanismo che agevoli la scelta della giurisdizione più favorevole costituisce un'attuazione di quanto disposto dal punto 3.3. del c.d. Programma dell'Aja relativo al rafforzamento della libertà, della sicurezza e della giustizia nell'Unione europea (cfr. Annesso I alle Conclusioni della Presidenza del Consiglio Europeo di Bruxelles del 4 e 5 Novembre 2004, 14292/1/04 REV 1) e dal Programma del riconoscimento reciproco del 29 novembre 2000 (in particolare punti 2.3 misure 1 e 11).

<sup>514</sup> Inoltre, come accennato in precedenza, la creazione di un meccanismo che agevoli la scelta della giurisdizione più favorevole costituisce un'attuazione di quanto disposto dal punto 3.3. del c.d. Programma dell'Aja relativo al rafforzamento della libertà, della sicurezza e della giustizia nell'Unione europea (cfr. Annesso I alle Conclusioni della Presidenza del Consiglio Europeo di Bruxelles del 4 e 5 Novembre 2004, 14292/1/04 REV 1) e dal Programma del riconoscimento reciproco del 29 novembre 2000 (in particolare punti 2.3 misure 1 e 11).

<sup>515</sup> Il *Libro verde sui conflitti di giurisdizione e il principio del ne bis in idem nei procedimenti penali*, cit., è consultabile all'indirizzo

comunità scientifica internazionale<sup>517</sup>, che si caratterizzano tutte per la stretta relazione instaurata tra il problema del *ne bis in idem* e l'individuazione di meccanismi preventivi di riparto delle giurisdizioni nazionali: da una parte, si individuano dei criteri di prevenzione dei conflitti positivi di giurisdizione, sulla falsariga delle *guidelines* predisposte da Eurojust fin dal 2003<sup>518</sup>; dall'altra, si prevede il *ne bis in idem* come norma di chiusura, capace di garantire l'unicità del procedimento nelle ipotesi in cui i meccanismi preventivi di riparto delle giurisdizioni non sono stati capaci di funzionare.

---

[http://ec.europa.eu/justice\\_home/news/consulting\\_public/conflicts\\_jurisdiction/com\\_2005\\_696\\_it.pdf](http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/conflicts_jurisdiction/com_2005_696_it.pdf). Nel *Libro verde*, in riferimento al *ne bis in idem* si legge (p. 10): “Qualora fosse instaurato un meccanismo per una scelta equilibrata della giurisdizione, che eviti cioè di conferire un effetto esclusivo ai procedimenti più rapidi (“primo arrivato, primo servito”), le discussioni sul *ne bis in idem* potrebbero essere rilanciate con maggiori prospettive di successo”.

<sup>516</sup> Si v. la *Initiative of the Hellenic Republic with a view to adopting a Council Framework Decision concerning the application of the “ne bis in idem” principle* (2003/C 100/12), nella quale si delinea una vera e propria gerarchia tra i diversi criteri di esercizio della giurisdizione nelle ipotesi di litispendenza internazionale; cfr. anche la *European Parliament legislative resolution on the initiative by the Hellenic Republic with a view to adopting a Council Framework Decision concerning the application of the “ne bis in idem” principle* (7246/2003 – C5-0165/2003 – 2003/0811(CNS)).

<sup>517</sup> L'impegno della comunità scientifica internazionale si è manifestato, per esempio, nell'elaborazione della c.d. “*Freiburg Proposal on Concurrent Multiple Jurisdictions and the Prohibition of Multiple Prosecution in the European Union*”, ad opera di alcuni ricercatori del Max-Planck-Institut di Freiburg i.B. (la *Proposal*, elaborata nel 2003, è consultabile alla pagina <http://www.mpicc.de/shared/data/pdf/fa-ne-bis-in-idem.pdf>) e, soprattutto, nel recente Congresso Internazionale di diritto penale significativamente intitolato a “Le competenze penali concorrenti nazionali ed internazionali ed il principio ‘ne bis in idem’”, i cui atti sono pubblicati in *Rev. int. dr. pén.*, n. 73, 2002. La risoluzione adottata il 18 settembre 2004 dai partecipanti alla IV Sezione del XVII Congresso internazionale dell'A.I.D.P. è pubblicata, nella traduzione di M. Pisani, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 502 ss.

<sup>518</sup> L'istituzione di Eurojust fa capo alla decisione quadro n. 2002/187/GAI, attuata con l. 14 marzo 2005, n. 41. Dal novembre 2003 Eurojust si è dotato di apposite *Guide-lines for deciding which Jurisdiction should prosecute*, contenenti una serie di criteri orientativi, non vincolanti e non gerarchicamente organizzati, diretti ad individuare l'autorità procedente *mieux placé*; con particolare riferimento al principio del *ne bis in idem*, preme evidenziare che nelle *guide-lines* (p. 2 del documento) si legge che “This guidance fully supports, adheres to and endorses that principle [*ne bis in idem*]”. Le *guide-lines* costituiscono l'Allegato IV alla Relazione annuale di Eurojust del 2004 e sono reperibili sul sito internet [www.eurojust.eu.int](http://www.eurojust.eu.int); per una traduzione italiana, cfr J.L.L. DA MOTA, *Il ruolo di Eurojust e della Rete giudiziaria Europea nella prevenzione e composizione dei conflitti positivi di giurisdizione*, relazione presentata all'Incontro di Studio organizzato dal CSM su “Il principio del ‘ne bis in idem’ in ambito europeo: prevenzione e composizione dei conflitti di giurisdizione”, Roma, 19-21 settembre 2005, *passim*.

cit. *passim*. Sul ruolo di Eurojust nella prevenzione dei conflitti di giurisdizione, si v., per tutti, G. DE AMICIS, *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale*, cit., 345 ss. Per una recente ed innovativa applicazione giudiziale dei criteri indicati da Eurojust per la risoluzione dei conflitti di giurisdizione, si v., il decreto di archiviazione emesso dal G.I.P. del Tribunale di Bolzano il 22 dicembre 2004 e la relativa richiesta da parte della Procura, pubblicati in *Cass. pen.*, 2006, 3359, con nota di N. GALANTINI, *I primi provvedimenti di archiviazione del procedimento in favore della giurisdizione di un altro paese*, *ivi*, 3360 ss.



I tempi non sono ancora maturi per poter affermare che alla base dei recenti tentativi di addivenire ad una soluzione dei conflitti di giurisdizione in sede europea vi sia l'accoglimento della concezione solidaristica del diritto internazionale e, quindi, l'attribuzione alla stessa Unione europea di una potestà penale di cui i singoli Stati sarebbero meri affidatari. Quello che è certo, però, è che questo ribaltamento di prospettiva nella ricerca di una soluzione dei conflitti giurisdizionali – vale a dire: si cercano meccanismi di prevenzione dei conflitti *poiché* il *ne bis in idem* internazionale è già stato riconosciuto – non è priva di importanti conseguenze. In primo luogo, infatti, rimane aperta la questione di come introdurre un sistema di allocazione di competenze punitive in grado di armonizzarsi con i sistemi costituzionali dei singoli Stati membri; sotto questo profilo vengono in gioco, soprattutto, il problema della garanzia del giudice naturale e quello, certo non meno decisivo, del principio della obbligatorietà dell'azione penale vigente in molti Stati dell'Unione.

In secondo luogo, proprio la particolare enfasi che i più recenti progetti normativi pongono sull'esigenza di evitare una duplicazione dei procedimenti ed i connessi rischi di *bis in idem* ha fatto sì che rimanesse in ombra una problematica non meno attuale, vale a dire quella dei conflitti c.d. negativi di giurisdizione, che si realizzano ogni qualvolta nessuno Stato membro afferma la propria competenza su un dato episodio criminoso. Si tratta, evidentemente, di un problema che non incide sui diritti individuali – per lo meno sotto il profilo delle garanzie dell'imputato – e che, per di più, pare in via di tendenziale superamento, stante il crescente aumento delle ipotesi di esercizio extraterritoriale della giurisdizione da parte degli Stati, spesso su impulso delle stesse istituzioni comunitarie. Nondimeno, proprio la creazione di Eurojust ha messo in luce come ancora oggi, soprattutto per quanto concerne la repressione di particolari forme di criminalità economica, gli Stati sono spesso riluttanti ad esercitare la giurisdizione penale<sup>519</sup>. Le situazioni di c.d. *false negative conflicts of jurisdiction*, che oggi sono spesso risolte attraverso la richiesta, rivolta da Eurojust ad uno o più degli Stati membri interessati, di investigare o instaurare un processo per determinati fatti<sup>520</sup>,

---

<sup>519</sup> Cfr. *Eurojust's Commentary on the Commission Green Paper on Conflicts of Jurisdiction and the principle ne bis in idem in criminal proceedings*.

<sup>520</sup> Cfr. gli articoli 6(a)(ii) e 7(a)(11) della Decisione che istituisce Eurojust.

sembrerebbe pertanto meritare un'attenzione maggiore di quella che finora le è stata dedicata, anche alla luce degli interessi economici e politici messi in gioco dalla più aggressive forme di criminalità transfrontaliera.

#### **6.1. La tutela dai rischi di *bis in idem* nello spazio europeo di giustizia, libertà e sicurezza: il Programma dell'Aia**

L'approccio del Consiglio europeo alla problematica del *ne bis in idem* si caratterizza per la stretta correlazione instaurata tra il divieto di doppio giudizio ed il più generale principio del mutuo riconoscimento delle decisioni penali, di cui il primo costituisce una forma di manifestazione. L'idea che si è fatta strada in Europa è che la piena tutela dai rischi di *bis in idem* costituisca uno degli elementi portanti di un efficace sistema di cooperazione giudiziaria all'interno di un unico spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia.

Una conferma in questo senso è data dall'art. 33 delle Conclusioni del Consiglio europeo di Tampere del 1999, dove si legge che “il rafforzamento del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie e delle sentenze e il necessario ravvicinamento delle legislazioni faciliterebbero la cooperazione fra le autorità, come pure la tutela giudiziaria dei diritti dei singoli. Il Consiglio europeo approva pertanto il principio del reciproco riconoscimento che, a suo parere, dovrebbe diventare il fondamento della cooperazione giudiziaria nell'Unione tanto in materia civile quanto in materia penale”<sup>521</sup>.

Com'è noto, il Consiglio europeo di Tampere ha invitato il Consiglio e la Commissione ad adottare, prima del dicembre 2000, un programma di misure diretto all'implementazione del principio del mutuo riconoscimento<sup>522</sup>. La realizzazione del programma di misure è stata inserita nel quadro di controllo della Commissione europea per l'esame dei progressi realizzati in vista della creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nell'Unione europea. Ebbene, all'interno dell'ampio programma di misure diretto all'implementazione del principio del mutuo riconoscimento, approvato dal Consiglio il 30 Novembre

---

<sup>521</sup> Le Conclusioni della Presidenza al Consiglio europeo di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999 possono essere lette sulla pagina web [http://www.europarl.europa.eu/summits/tam\\_it.htm](http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_it.htm).

<sup>522</sup> Cfr. art. 37 delle Conclusioni del Consiglio europeo di Tampere.

2000<sup>523</sup>, la prima misura è proprio diretta all'affermazione del principio del *ne bis in idem*, cui viene attribuito un grado di priorità pari a 6. La primazia del *ne bis in idem* e l'eccezionale importanza che, almeno sulla carta, riveste per i redattori del programma, trova giustificazione nella sua capacità di "rafforzare la certezza del diritto nell'Unione facendo in modo che la decisione penale definitiva di condanna resa in uno Stato membro non sia rimessa in discussione in un altro Stato membro"<sup>524</sup>.

Un decisivo passo in avanti sulla strada dell'affermazione del principio del mutuo riconoscimento delle decisioni penali si è avuto tuttavia soltanto con il "Programma dell'Aia relativo al rafforzamento della libertà, della sicurezza e della giustizia nell'Unione europea"<sup>525</sup>. Con tale programma, che, com'è stato riconosciuto dalla stessa Commissione, chiude un ciclo e ne apre uno nuovo<sup>526</sup>, il Consiglio europeo ha ribadito che lo sviluppo di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, costituisce un obiettivo primario dell'Unione. In particolare, nel programma dell'Aia si afferma espressamente la necessità di "completare il programma globale di misure per l'attuazione del principio del reciproco

---

<sup>523</sup> Programma di misure per l'attuazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali (2001/C 12/02), in GUCE C12/10 del 15.1.2001, consultabile alla pagina <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2001:012:0010:0022:IT:PDF>

<sup>524</sup> Così si legge nel Programma, citato *supra*, che così prosegue: "L'esistenza di una tale decisione resa in uno Stato membro deve impedire che il fatto o il comportamento già esaminato sia nuovamente perseguito in un altro Stato membro. Questo obiettivo è stato parzialmente realizzato agli articoli da 54 a 57 della convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen".

<sup>525</sup> Cfr. il programma dell'Aia, Annesso I alle Conclusioni della Presidenza del Consiglio Europeo di Bruxelles del 4 e 5 Novembre 2004, 14292/1/04 REV 1, consultabile alla pagina [http://ec.europa.eu/justice\\_home/news/information\\_dossiers/2005-](http://ec.europa.eu/justice_home/news/information_dossiers/2005-2009/docs/presidency_conclusions_it.pdf)

[2009/docs/presidency\\_conclusions\\_it.pdf](http://ec.europa.eu/justice_home/news/information_dossiers/2005-2009/docs/presidency_conclusions_it.pdf). Come si legge nell'introduzione (p.11), "il programma dell'Aia ha l'obiettivo di migliorare la capacità comune dell'Unione e dei suoi Stati membri di garantire i diritti fondamentali, le garanzie procedurali minime e l'accesso alla giustizia per fornire protezione alle persone che ne hanno bisogno ai sensi della convenzione di Ginevra sui rifugiati e di altri trattati internazionali, regolare i flussi migratori e controllare le frontiere esterne dell'Unione, combattere la criminalità organizzata transfrontaliera e reprimere la minaccia del terrorismo, realizzare il potenziale dell'Europol e dell'Eurojust, proseguire nel riconoscimento reciproco delle decisioni e degli atti giudiziari in materia sia civile che penale ed eliminare gli ostacoli giuridici e giudiziari nelle controversie in materia civile e di diritto di famiglia con implicazioni transfrontaliere. Si tratta di un obiettivo che deve essere raggiunto nell'interesse dei cittadini europei sviluppando un regime comune in materia di asilo e migliorando l'accesso ai mezzi di ricorso giurisdizionali, la cooperazione pratica di polizia e giudiziaria, il ravvicinamento delle disposizioni legislative e lo sviluppo di politiche comuni.

<sup>526</sup> Cfr. la Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, Il programma dell'Aia: dieci priorità per i prossimi cinque anni. Partenariato per rinnovare l'Europa nel campo della libertà, sicurezza e giustizia, Bruxelles, 10 maggio 2005, COM(2005) 184 definitivo, p. 3, consultabile on line alla pagina

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0184:FIN:IT:PDF>

riconoscimento delle decisioni penali, che comprende le decisioni giudiziarie prese in tutte le fasi dei procedimenti penali o ad essi altrimenti pertinenti, quali la raccolta e l'ammissibilità dei mezzi di prova, i conflitti di giurisdizione e il principio *ne bis in idem* e l'esecuzione delle sentenze definitive di detenzione o altre sanzioni (alternative) e accordare maggiore attenzione ad altre proposte in tale contesto”.

Il programma si caratterizza per la presa d'atto della necessità di addivenire ad un progressivo ravvicinamento della legislazioni, in funzione strumentale alla piena operatività del principio del mutuo riconoscimento. Vi è insomma la consapevolezza che l'implementazione del principio del *ne bis in idem* internazionale richiede una intensa attività “di supporto” diretta a far sì che la fiducia degli Stati membri nei rispettivi sistemi penali non sia soltanto sancita politicamente attraverso il riconoscimento del divieto di doppio processo nello spazio dell'Unione, ma trovi sufficiente “concretizzazione” in strumenti normativi diretti al ravvicinamento delle norme penali sostanziali e processuali. Solo il ravvicinamento delle legislazioni, legittimando la convinzione che l'attività giudiziaria straniera sia (tendenzialmente) equivalente a quella posta in essere sul territorio nazionale, può infatti facilitare la rinuncia all'esercizio delle prerogative sovrane degli Stati<sup>527</sup>. In questa prospettiva, il Consiglio europeo “ricorda che la fissazione di norme minime relative ad aspetti del diritto processuale è prevista dai trattati ed è volta ad agevolare il reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie e delle sentenze e la cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale avente una dimensione transfrontaliera. Il ravvicinamento del diritto penale sostanziale ha gli stessi obiettivi e riguarda aree di criminalità particolarmente grave con dimensioni transfrontaliere. Occorre dare priorità a quei settori della criminalità che sono specificatamente citati nei trattati. Per assicurare maggiore efficacia alla fase attuativa negli ordinamenti nazionali, i ministri della giustizia e degli affari interni in sede di Consiglio dovrebbero aver competenza per definire i reati e determinare le sanzioni in generale”<sup>528</sup>.

L'altra grande novità del Programma dell'Aia consiste nella chiara adesione all'idea che il ravvicinamento delle legislazioni penali, pur garantendo la

---

<sup>527</sup> Cfr. C. AMALFITANO, *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento*, cit., 180 ss.

<sup>528</sup> Programma dell'Aia, cit., punto 3.3.2.

condivisione di principi comuni, non è di per sé sufficiente a garantire quel livello ottimale di fiducia reciproca che costituisce la base fattuale per la piena affermazione del principio del mutuo riconoscimento in materia penale<sup>529</sup>. Ed allora, l'opera di armonizzazione delle legislazioni propugnata dalle istituzioni dell'Unione deve essere accompagnata da tutta una serie di attività dirette a "monitorarne" lo sviluppo e a renderlo il più agevole possibile attraverso la creazione di una vera e propria "cultura giudiziaria europea"<sup>530</sup>. Nello stesso programma dell'Aia si legge infatti che "[per] facilitare la piena attuazione del principio del riconoscimento reciproco deve essere istituito un sistema che preveda una valutazione obiettiva ed imparziale dell'attuazione delle politiche dell'UE nel settore della giustizia, nel pieno rispetto dell'indipendenza del potere giudiziario e conformemente ai meccanismi europei esistenti"<sup>531</sup>. È evidente allora che questi mezzi di valutazione non sono diretti tanto alla verifica del recepimento corretto degli atti adottati dall'Unione, quanto invece a soddisfare obiettivi di ordine metodologico tra cui quello di "procedere ad una valutazione più generale delle condizioni nelle quali sono elaborate le decisioni giudiziarie per assicurarsi che rispondano a standard di qualità elevati che permettano di rafforzare la fiducia reciproca tra sistemi giudiziari"<sup>532</sup>. Inoltre, sempre nell'ottica di rafforzare la fiducia reciproca degli Stati nei rispettivi ordinamenti giudiziari, si prevede la creazione di una "rete europea di formazione delle autorità giudiziarie"<sup>533</sup>, programmi di scambio per procuratori e giudici<sup>534</sup> e "reti di istituzioni e di

---

<sup>529</sup> C. AMALFITANO, *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento*, cit., 181.

<sup>530</sup> Cfr. C. AMALFITANO, *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento*, cit., 180 ss.

<sup>531</sup> Programma dell'Aia, cit., punto 3.2.

<sup>532</sup> Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, *Il riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie in materia penale e il rafforzamento della reciproca fiducia tra Stati membri*, COM (2005) def. Del 19 maggio 2005, 8 s. In questo senso, del resto, già la raccomandazione del Parlamento europeo destinata al Consiglio *sulla qualità della giustizia penale e l'armonizzazione della legislazione penale negli Stati membri* (AD-0036/2005), p.4.

<sup>533</sup> Cfr. l'iniziativa della Repubblica francese in vista dell'adozione di una decisione del Consiglio che istituisce una rete europea di formazione giudiziaria, in *GUCE*, C 18 del 19 gennaio 2001, p. 9 ss.; cfr. anche il Programma dell'Aia, cit., punto 3.2.

<sup>534</sup> Cfr. il Programma dell'Aia, cit., punto 3.2., dove si afferma che "i programmi di scambio per le autorità giudiziarie faciliteranno la cooperazione e contribuiranno ad accrescere la fiducia reciproca" e che, pertanto, "si dovrebbe includere sistematicamente una componente UE nella formazione delle autorità giudiziarie" e "la Commissione è invitata ad elaborare quanto prima una proposta volta a creare, sulla base delle strutture esistenti, un'efficace rete europea di formazione delle autorità giudiziarie, nel settore sia civile che penale, come previsto [nel] Trattato costituzionale".

organismi giudiziari, quali la rete dei Consigli della magistratura [e] la rete europea delle Corti supreme”.

Infine, nel punto 3.3. del Programma dell’Aia si evidenzia la necessità di ridurre gli ostacoli giuridici che ad oggi limitano l’efficacia della cooperazione giudiziaria in materia penale ed impediscono un opportuno coordinamento delle indagini. In particolare, si dice, “per aumentare l’efficacia dell’azione penale, pur garantendo la corretta amministrazione della giustizia, si dovrebbe prestare particolare attenzione alle possibilità di concentrare in un solo Stato membro l’azione penale nelle cause transfrontaliere multilaterali”<sup>535</sup>.

La circostanza che l’obiettivo, contenuto nel Programma dell’Aia, di introdurre un sistema europeo di riparto di giurisdizione in materia penale non abbia fino ad oggi avuto pratica attuazione, non deve far pensare che il proposito sia stato con il tempo abbandonato. Ed invero, sebbene il fallimento del Progetto di Costituzione europea abbia determinato una battuta di arresto anche degli sforzi volti a garantire una maggiore tutela dei cittadini europei dai rischi di *bis in idem*<sup>536</sup>, la recente pubblicazione di un Libro verde sul tema lascia ben sperare circa gli esiti favorevoli di un dibattito volto a individuare strumenti di prevenzione e soluzione dei conflitti giurisdizionali<sup>537</sup>.

## **6.2. La proposta di decisione quadro della Grecia**

Fra i più recenti tentativi elaborati in sede europea al fine di risolvere la problematica dei conflitti positivi di giurisdizione ed il connesso problema del *ne bis in idem*, assume primaria rilevanza il progetto di decisione quadro relativa al

---

<sup>535</sup> Cfr. il Programma dell’Aia, cit.

<sup>536</sup> In questo senso R. A. MORÁN MARTÍNEZ, *Conflictos de jurisdicción y principio ne bis in idem en el ámbito europeo – Jurisdiction conflicts and principle ne bis in idem in Europe*, a cura di R.A.M. MARTÍNEZ e I.G. PÉREZ, Madrid, 2007, 138. Preme inoltre ricordare che la problematica dei conflitti di giurisdizione era ben presente anche ai redattori della Trattato che adotta una Costituzione per l’Europa sottoscritto a Roma il 29 ottobre 2004. In quelle sede, infatti, da un lato si è inserita una norma – l’art. III-270 lett.b) – precipuamente diretta a dotare di base giuridica un eventuale e futuro atto normativo dell’Unione (legge o legge quadro europea) volto a prevenire e risolvere i conflitti di giurisdizione tra gli Stati membri; dall’altro, all’art. III-273 para.2 lett. c) si è attribuito ad Eurojust il compito di potenziare la cooperazione giudiziaria anche attraverso la composizione dei conflitti di competenza e tramite una stretta cooperazione con la Rete giudiziaria europea. Sul punto, per tutti, G. DE AMICIS, *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale*, cit., 345 s.

<sup>537</sup> Sul Libro verde, si v. *infra* para 6.3. e 6.4.

*ne bis in idem* presentato dalla Grecia il 28 marzo 2008, durante il suo turno di presidenza dell'Unione europea<sup>538</sup>.

A parere dei redattori, suddetta iniziativa trova ragione nel fatto che l'applicazione del principio “*ne bis in idem*” ha sollevato fino ad oggi numerosi e seri problemi di interpretazione o accettazione di talune disposizioni sostanziali o principi più generali (ad esempio sul concetto di “*idem*”) a causa delle differenti disposizioni che disciplinano questo principio nei vari strumenti giuridici internazionali e delle diverse prassi delle legislazioni nazionali. Scopo della decisione quadro è pertanto fornire agli Stati membri norme giuridiche comuni in relazione al principio “*ne bis in idem*” onde assicurare uniformità sia nell'interpretazione di tali norme che nella relativa applicazione pratica<sup>539</sup>. D'altra parte, trattandosi di obiettivi che non possono essere realizzati in misura sufficiente dagli Stati membri e che possono essere realizzati meglio a livello dell'Unione, quest'ultima può intervenire, in base al principio di sussidiarietà e nel rispetto del principio di proporzionalità<sup>540</sup>.

Dati gli intenti che la animano, non sorprende che la proposta di decisione quadro presentata dalla Grecia si apra con un catalogo di definizioni. In particolare, per quanto riguarda gli illeciti rispetto ai quali il *ne bis in idem* dovrebbe operare, tra questi rientrano non solo gli illeciti penali in senso stretto, ma anche “gli atti considerati illeciti amministrativi o infrazioni a regolamenti punibili da un'autorità amministrativa con una pena pecuniaria, conformemente alla legislazione nazionale di ciascuno Stato membro, a condizione che rientrino nella giurisdizione dell'autorità amministrativa e che l'interessato abbia la possibilità di adire un tribunale penale”<sup>541</sup>. Anche tali illeciti, ai sensi della proposta di decisione quadro, devono essere dunque considerati “penali”. Ma l'ampliamento dello spettro applicativo del *ne bis in idem* internazionale non si arresta alla categoria dei fatti rispetto ai quali opera la preclusione processuale. Ed

---

<sup>538</sup> L'Iniziativa della Repubblica ellenica in vista dell'adozione della decisione quadro del Consiglio sull'applicazione del principio «*ne bis in idem*» (2003/C 100/12) è pubblicata in GUCE C 100/24 del 16 aprile 2003.

<sup>539</sup> Iniziativa della Repubblica ellenica, cit., settimo considerando.

<sup>540</sup> Iniziativa della Repubblica ellenica, cit., ottavo considerando.

<sup>541</sup> Iniziativa della Repubblica ellenica, cit., art. 1.

invero, due ulteriori elementi concorrono a caratterizzare suddetta proposta normativa in senso eminentemente garantista.

In primo luogo, infatti, si adotta una definizione storico-naturalistica di “idem”, tale per cui il divieto di doppio processo sussiste in presenza di “un secondo illecito penale derivante esclusivamente dagli stessi fatti o da fatti sostanzialmente identici, indipendentemente dalla sua natura giuridica”<sup>542</sup>. Per questa via, dunque, si cerca di eliminare ogni dubbio circa la nozione di regiudicata che assume rilevanza ai fini della preclusione processuale, escludendo la possibile rilevanza della diversa qualificazione giuridica del fatto storico.

In secondo luogo, si disciplinano espressamente anche le ipotesi di c.d. litispendenza, quando cioè “è già stata avviata nei confronti di un individuo un'azione penale per un illecito penale ma non è stata ancora pronunciata una sentenza e la causa risulta già pendente dinanzi un tribunale”<sup>543</sup>. In queste ipotesi, pur non operando il *ne bis in idem*, il quale infatti presuppone la definitività della sentenza, sorge in capo agli Stati il dovere di avviare una particolare procedura di dialogo volta ad individuare quale Stato, tra quelli astrattamente capaci di esercitare l'azione penale, meglio garantisce la corretta amministrazione della giustizia. In particolare, si prevede che le autorità competenti di ciascuno di questi Stati possono, dopo essersi consultate e tenendo conto di alcuni criteri indicati nella stessa proposta di decisione quadro<sup>544</sup>, scegliere lo Stato membro del foro a cui dare preferenza<sup>545</sup>. Qualora sia data preferenza al foro di uno Stato membro, i procedimenti pendenti negli altri Stati membri sono sospesi fino a quando nello Stato membro del foro preferito non sia stata pronunciata una sentenza definitiva; se poi, per qualsivoglia ragione, nello Stato membro del foro preferito non è pronunciata una sentenza definitiva, le sue autorità competenti informano senza

---

<sup>542</sup> Iniziativa della Repubblica ellenica, cit., art. 1.

<sup>543</sup> Iniziativa della Repubblica ellenica, cit., art. 1, lett. d)

<sup>544</sup> Cfr. l'art. 3 lett. a, ai sensi del quale “è data precedenza allo Stato membro del foro che meglio garantisce la corretta amministrazione della giustizia, tenuto conto dei seguenti criteri: aa) lo Stato membro nel cui territorio è stato commesso l'illecito penale; bb) lo Stato membro di cui l'autore dell'illecito penale è cittadino o residente; cc) lo Stato membro d'origine delle vittime; dd) lo Stato membro in cui l'autore dell'illecito penale è stato trovato.

<sup>545</sup> Iniziativa della Repubblica ellenica, cit., art. 3 lett. b).



indugio le corrispondenti autorità del primo Stato membro che ha sospeso il procedimento<sup>546</sup>.

Si prevedono infine incisivi obblighi di comunicazione in capo alle autorità competenti dei singoli Stati. In particolare, si stabilisce che “qualora sia stato intentato un procedimento penale nei confronti di una persona in uno Stato membro e le autorità competenti di tale Stato membro abbiano motivo di ritenere che l'imputazione si riferisca agli stessi atti per i quali è già stata pronunciata una sentenza definitiva di condanna in un altro Stato membro, esse richiedono le opportune informazioni alle autorità competenti dello Stato membro del procedimento<sup>547</sup>. Le informazioni richieste devono essere fornite il più presto possibile mediante qualsiasi mezzo tecnico disponibile e sono prese in considerazione nel determinare se il procedimento deve essere proseguito<sup>548</sup>”.

La proposta di decisione quadro della Grecia, della quale si sono appena delineati i tratti fondamentali, è stata fatta oggetto di significative modifiche da parte del Parlamento in sede consultiva<sup>549</sup>. In particolare, il Parlamento, evidenziando che il principio del *ne bis in idem* “rappresenta un fondamentale baluardo contro l'uso oppressivo del potere statale nei confronti degli individui”<sup>550</sup>, ha precisato cosa debba intendersi con il termine “idem”: “un'eventuale seconda accusa o imputazione penale derivante esclusivamente dagli stessi fatti, atti o comportamenti o da fatti, atti o comportamenti sostanzialmente identici indipendentemente dalla natura giuridica dell'illecito”; inoltre, ha individuato con maggior rigore le ipotesi eccezionali in cui è possibile derogare al divieto di doppio giudizio e rinnovare il procedimento già conclusosi in un altro Stato membro<sup>551</sup>.

---

<sup>546</sup> Iniziativa della Repubblica ellenica, cit., art. 3 lett. c).

<sup>547</sup> Iniziativa della Repubblica ellenica, cit., art. 6, comma 1.

<sup>548</sup> Iniziativa della Repubblica ellenica, cit., art. 6, comma 2.

<sup>549</sup> Il Parlamento è stato consultato dal Consiglio a norma dell'art. 39, paragrafo 1, del trattato UE. La risoluzione legislativa del Parlamento europeo sull'iniziativa della Repubblica ellenica in vista dell'adozione della decisione quadro del Consiglio sull'applicazione del principio “ne bis in idem” (7246/2003 – C5-0165/2003 – 2003/0811(CNS)).

<sup>550</sup> Cfr. la risoluzione legislativa del Parlamento europeo, cit., emendamento 1, considerando 1.

<sup>551</sup> Ai sensi dell'emendamento n. 13, l'art. 2, paragrafo 2 della decisione quadro dovrebbe prevedere che “*In via eccezionale*, il procedimento può essere ripetuto se vi è la prova di nuovi fatti o nuove circostanze emersi dopo la pronuncia della sentenza e se tali fatti e circostanze non potevano ragionevolmente venire a conoscenza dell'autorità inquirente all'epoca del processo, o se vi era un errore nel precedente procedimento che avrebbe potuto influire sull'esito del procedimento stesso conformemente alla legge e alla procedura penale dello Stato membro del

L'iniziativa approvata dal Parlamento europeo con questi ed altri importanti emendamenti è stata dunque trasmessa nuovamente al Consiglio, invitato a modificare l'iniziativa secondo le indicazioni date e ad informarlo qualora intendesse discostarsi dal testo già approvato dal Parlamento. Ad oggi, la procedura di consultazione sembra avere subito una battuta di arresto, rendendo incerta la data in cui si addiverrà ad una soluzione del problema del *ne bis in idem* nell'Unione europea.

## **6.2. Il Libro verde pubblicato dalla Commissione Europea**

Nel dicembre 2005 la Commissione delle Comunità europee ha presentato un Libro verde sui conflitti di giurisdizione e il principio del *ne bis in idem* nei procedimenti penali<sup>552</sup>. Tale Libro verde ha come scopo l'avvio di un'un'ampia consultazione delle parti interessate sulle questioni dei conflitti di giurisdizione in materia penale e sul principio del *ne bis in idem*. Per questo motivo, esso, da un lato, contiene un'ampia ricognizione dei problemi che possono nascere dall'attuale situazione; dall'altro, propone eventuali soluzioni, prima tra tutte la creazione di un meccanismo per la scelta della giurisdizione. Il Libro verde si conclude con una serie di quesiti puntuali ai quali tutte le parti interessate sono chiamate a rispondere al fine di partecipare ad un futuro dibattito.

Le ragioni che hanno indotto la Commissione a presentare un Libro verde sono esplicitate nel documento medesimo, dove si sottolinea che la crescente internazionalizzazione della criminalità ed il recente ampliamento della portata di molte giurisdizioni penali hanno fatto sì che la giustizia penale dell'UE debba affrontare sempre più spesso situazioni in cui vari Stati membri sono competenti ad esercitare l'azione penale per lo stesso caso. A fronte di questo stato di cose, i redattori del Libro verde evidenziano che la molteplicità di procedimenti penali pregiudica i diritti e gli interessi dei singoli: non solo imputati, vittime e testimoni possono essere chiamati a comparire in diversi Paesi, ma processi paralleli comportano una generale limitazione di diritti ed interessi con un incremento di oneri dal punto di vista psicologico nonché dei costi e della complessità della

---

procedimento, a condizione che, secondo la legislazione dello Stato membro del procedimento, il nuovo procedimento sia ammissibile con un'applicazione verticale del principio "*ne bis in idem*".

<sup>552</sup> Bruxelles, 23.12.2005 COM (2005) 696 definitivo.

rappresentanza in giudizio. In uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia sviluppato sembra pertanto opportuno evitare, ove possibile, tali effetti dannosi, limitando la plurima instaurazione di procedimenti penali su di un medesimo caso<sup>553</sup>.

L'analisi della Commissione prosegue con la presa d'atto del duplice limite del meccanismo predisposto dagli articoli 54-58 CAAS che, com'è noto, codificano il principio del *ne bis in idem* nello spazio Schengen. In primo luogo, si dice, il *ne bis in idem*, presupponendo un procedimento già concluso in uno Stato, non *previene* i conflitti di giurisdizione allorché molteplici procedimenti penali sono in corso in più Stati membri<sup>554</sup>; la preclusione processuale, come dicevamo in precedenza, non previene il conflitto, ma lo risolve *ex post*. In secondo luogo, senza un sistema che assegni le cause ad un'adeguata giurisdizione mentre il procedimento è in corso, il *ne bis in idem* rischia di condurre a risultati fortuiti se non addirittura arbitrari; stante il principio del "prima arrivato prima servito" che guida l'efficacia della preclusione processuale, la scelta della giurisdizione penale viene oggi lasciata al caso e per questo motivo l'efficacia del *ne bis in idem* è tuttora soggetta a numerose eccezioni<sup>555</sup>.

A giudizio dei redattori del Libro verde una risposta efficace ai problemi sollevati dai conflitti positivi di giurisdizione sarebbe quella di istituire un meccanismo per assegnare le cause ad una *adeguata* giurisdizione. La concentrazione dei procedimenti in un'unica giurisdizione farebbe venir meno ogni problema di *bis in idem*. Inoltre, tale meccanismo *integrerebbe* il principio del riconoscimento reciproco, in base al quale una decisione giudiziaria presa in uno Stato membro viene riconosciuta e – ove necessario – eseguita in altri Stati membri. Già da questi sommari cenni, emerge l'assoluta novità dell'approccio adottato nel Libro verde. Ciò che si prevede, infatti, non è la sostituzione del *ne bis in idem* – principio del resto già operante – con meccanismi preventivi di riparto di giurisdizione. L'oggetto della proposta è invece quello di affiancare al divieto di doppio giudizio un diverso ed ulteriore meccanismo, diretto ad

---

<sup>553</sup> Commissione delle Comunità europee, Libro verde, cit. 3.

<sup>554</sup> Commissione delle Comunità europee, Libro verde, cit. 3.

<sup>555</sup> Commissione delle Comunità europee, Libro verde, cit. 3.

individuare l'unico giudice competente a decidere su un determinato fatto criminoso.

Un meccanismo dunque destinato ad operare prima che il conflitto giurisdizionale diventi attuale, reso necessario dal fatto che il *ne bis in idem* previsto dalla Convenzione di Applicazione dell'Accordo di Schengen è essenzialmente uno strumento di garanzia individuale, volto a tutelare la singola persona e solo "collateralmente" diretto a risolvere i conflitti positivi di giurisdizione tra gli Stati. Questa riflessione pare degna di nota perché conduce i redattori del Libro verde a configurare il principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali, di cui è espressione il *ne bis in idem*, come meccanismo ausiliario di risoluzione dei conflitti giurisdizionali, che come tale necessita di essere affiancato da un *diverso* principio, questo sì diretto ad individuare il giudice *mieux placé* per l'accertamento di un determinato reato.

#### **7.2.1. La creazione di un meccanismo per la scelta della giurisdizione**

Come accennato, nel libro verde si delinea innanzitutto "la possibilità di creare un meccanismo che agevoli la scelta della giurisdizione più adeguata nei procedimenti penali"<sup>556</sup>. Per quanto riguarda i presupposti di tale meccanismo di prevenzione dei conflitti giurisdizionali, in primo luogo, le autorità nazionali competenti dovrebbero venire a conoscenza dei procedimenti e/o delle relative decisioni adottate in ciascuna delle altre giurisdizioni. In questa prospettiva, occorrerebbe pertanto permettere o forse addirittura obbligare le singole autorità giudiziarie nazionali a scambiarsi le informazioni pertinenti.

In secondo luogo, le autorità responsabili dell'esercizio dell'azione penale nei singoli Paesi dovrebbero avere la facoltà di non esercitare l'azione penale o di dichiarare estinto un procedimento penale in corso in base al fatto che la stessa azione penale è in corso in un altro Stato membro. Facoltà, quest'ultima, che potrebbe sollevare più di un problema di costituzionalità nei Paesi in cui vige il principio di obbligatorietà dell'azione penale<sup>557</sup>.

Per quanto poi concerne il procedimento di scelta della giurisdizione, questo si articola in tre fasi. Durante la prima fase, le autorità nazionali dello Stato

---

<sup>556</sup> Commissione delle Comunità europee, Libro verde, cit. 3, corsivi aggiunti.

<sup>557</sup> Cfr. Commissione delle Comunità europee, Libro verde, cit. 4.

membro che ha avviato o sta per avviare un procedimento penale per un fatto che mostra significative connessioni con la giurisdizione di un altro Stato membro, devono informare le autorità competenti dell'altro Stato membro a tempo debito. La seconda fase è invece diretta alla consultazione e alla discussione tra autorità giudiziarie parimenti interessate alla repressione di un medesimo illecito. In particolare, si prevede che quando due o più Stati membri sono interessati ad esercitare l'azione penale per lo stesso reato, le rispettive autorità nazionali competenti dovrebbero essere messe in grado di esaminare insieme la questione della "migliore sede" per lo svolgimento del processo. Questa seconda fase, potrebbe concludersi con un consenso sulla scelta della giurisdizione più adeguata; più precisamente, potrebbe aversi l'archiviazione volontaria del procedimento da parte di tutti gli Stati tranne uno, oppure la conclusione di un accordo vincolante tra gli Stati per assicurare la certezza del diritto ed evitare la riapertura del dibattito. Infine, qualora non si sia raggiunto un accordo, si apre una terza fase diretta alla composizione dei conflitti insorti tra gli Stati. Al fine di favorire un dialogo tra le parti interessate, sembra opportuno coinvolgere un organismo a livello comunitario che agisca come mediatore, aiutando gli Stati interessati a raggiungere un accordo. I redattori del Libro verde evidenziano come Eurojust sembra essere nella posizione giusta per assumere un tale ruolo<sup>558</sup>. Infine, se la terza fase non si conclude con un accordo, sembrano aprirsi due vie. Da una parte, potrebbe tornare in gioco il principio del *ne bis in idem*; dall'altra, si potrebbe pensare ad una quarta fase, nella quale un ipotetico organismo europeo sarebbe chiamato a risolvere il conflitto giurisdizionale in maniera vincolante per tutti gli Stati coinvolti.

La strategia della Commissione diretta a prevenire e risolvere i conflitti positivi di giurisdizione tra gli Stati membri non si limita tuttavia alla previsione di un modello procedimentale per la scelta del giudice *mieux placé*. Accanto a questo meccanismo, infatti, si prevedono due ulteriori strumenti: una cosiddetta norma di priorità, che obbliga gli Stati ad interrompere i procedimenti e ad

---

<sup>558</sup> A giudizio della Commissione, tuttavia, "sarebbe anche concepibile la creazione di un nuovo organismo per la composizione dei conflitti: ad esempio un consiglio o un comitato composto da magistrati nazionali che appartengano sia alla magistratura requirente che a quella giudicante"; cfr. il Libro verde, cit., 5.

astenersi da avviarne di nuovi; e l'individuazione di una serie di criteri utilizzabili dagli Stati nella scelta della giurisdizione.

Per quanto concerne la c.d. norma di priorità, questa è una disposizione comunitaria che impone agli Stati di concentrare i procedimenti riguardanti lo stesso caso in uno Stato membro "principale". La Commissione evidenzia come questa norma di priorità dovrebbe operare da una determinata fase processuale in poi, dopo la quale non vi sarebbe alcuno spazio per la concertazione e gli Stati sarebbero semplicemente obbligati ad astenersi dall'avviare un procedimento penale o da continuare un processo avente ad oggetto gli stessi fatti di quello già avviato in un diverso Paese<sup>559</sup>. Questa norma di priorità, che dovrebbe essere applicata parallelamente al meccanismo sopra descritto<sup>560</sup>, pare di grande interesse, poiché costituisce una preclusione processuale operante in una fase avanzata del (primo) processo e dunque prima della formazione della *res judicata*. D'altra parte, si è di fronte a qualcosa di ben diverso da un *ne bis in idem* "anticipato": se è vero che gli Stati diversi da quello "principale" devono astenersi dall'instaurare o proseguire un processo *in idem*, si prevede anche una sorta di "riunione" dei procedimenti, ora accentrati di fronte alle autorità giudiziarie dello Stato riconosciuto come "principale". Non solo, perché si prevede espressamente che la regola di priorità non potrà in nessun caso impedire agli altri Stati membri di assistere in qualsiasi modo lo Stato membro "principale" in forza della normativa comunitaria e degli accordi internazionali in vigore. Vale piuttosto il contrario, poiché tutti gli Stati dovranno fornire la propria assistenza in modo estremamente attivo<sup>561</sup>.

A giudizio dei redattori del Libro verde la fase che risulta più adeguata per applicare la norma di priorità, che impone l'accentramento di tutti i procedimenti paralleli è il momento della emissione della richiesta di rinvio a giudizio. Si tratta all'evidenza di una fase precoce del procedimento e che, tuttavia, presuppone che si sia avuto il tempo necessario per individuare la "migliore sede" per l'esercizio dell'azione penale<sup>562</sup>; al momento della richiesta di rinvio a giudizio, infatti, le

---

<sup>559</sup> Commissione delle comunità europee, Libro verde, cit., 7.

<sup>560</sup> Commissione delle comunità europee, Libro verde, cit., 7.

<sup>561</sup> Commissione delle comunità europee, Libro verde, cit., 8.

<sup>562</sup> Commissione delle comunità europee, Libro verde, cit., 7.

autorità competenti avranno già avuto accesso alle informazioni necessarie per esaminare approfonditamente le questioni relative alla competenza<sup>563</sup> (*rectius*, giurisdizione).

È palese che dietro alla previsione della norma di prevalenza vi siano anche, se non soprattutto, esigenze di garanzia della persona. Nel Libro verde, infatti, si sottolinea che gli oneri principali per le persone coinvolte in un procedimento penale si presentano, nella maggior parte dei casi, dopo il rinvio a giudizio; la norma di priorità, destinata ad operare da questa fase in poi, sembra dunque capace di evitare che questi oneri – per imputati, testimoni ed altri soggetti coinvolti – si aggravino ulteriormente. Infine, si chiarisce che la previsione della norma di priorità non deve in nessun caso condurre ad un aggiramento del meccanismo procedurale previsto per la scelta della giurisdizione. A tal fine, si afferma l’opportunità di vietare alle autorità competenti di emettere una richiesta di rinvio a giudizio mentre è ancora in corso una consultazione e/o un procedimento di composizione del conflitto giurisdizionale. In altri termini, al fine di evitare che la regola del “primo arrivato, primo servito”, uscita dalla porta, rientri dalla finestra, si prevede che le autorità nazionali, prima di chiedere il rinvio a giudizio degli imputati, dovranno avere adempiuto ai loro obblighi di consultazione e informazione; in caso contrario, sarebbero tenuti a interrompere il procedimento su richiesta di un altro Stato membro<sup>564</sup>.

Come accennato, oltre al meccanismo procedurale e alla norma di priorità, il terzo elemento della strategia della Commissione per prevenire e risolvere i conflitti giurisdizionali consiste nella predeterminazione dei criteri che gli Stati devono seguire nel discutere e decidere i problemi di giurisdizione. Dovrebbe trattarsi di criteri oggettivi e potrebbero essere elencati in un futuro strumento comunitario. L’elenco potrebbe comprendere criteri quali la territorialità, criteri relativi all’indagato o all’imputato, agli interessi delle vittime, agli interessi dello Stato, nonché alcuni criteri relativi all’efficacia e alla celerità del procedimento. Nulla esclude, inoltre, di indicare espressamente fattori da *non* prendere in considerazione<sup>565</sup>.

---

<sup>563</sup> Commissione delle comunità europee, Libro verde, cit., 7 s.

<sup>564</sup> Commissione delle comunità europee, Libro verde, cit., 8.

<sup>565</sup> Commissione delle Comunità europee, Libro verde, cit., 8.

Degno di nota è che nel Libro verde, come già nelle *Guidelines* elaborate da Eurojust, non si individuano criteri “rigidi” per l’individuazione dell’unico giudice competente, attraverso una sistemazione gerarchica dei diversi criteri giurisdizionali previsti dalla singole legislazioni nazionali. Si prevede invece una serie di criteri da applicare con relativa flessibilità in ogni singolo caso, al fine di garantire alla autorità nazionali un considerevole margine di discrezionalità nella risoluzione dei conflitti giurisdizionali<sup>566</sup>. Non si esclude che in una fase ulteriore gli Stati potrebbero accordarsi su alcuni principi basilari per stabilire un ordine di priorità o di successione dei criteri, qualora questo si rivelasse necessario. Tuttavia, si sottolinea l’opportunità di adottare, allo stato, una impostazione più flessibile.

Nondimeno, indipendentemente dalla istituzione di una scala gerarchica dei criteri giurisdizionali cristallizzata in uno strumento comunitario, sembra possibile e necessario raggiungere almeno un accordo su un *principio guida* generale per l’attribuzione della giurisdizione penale<sup>567</sup>. Il criterio di fondo dovrebbe essere “la corretta amministrazione della giustizia, basata sull’esame completo dei fatti rilevanti e sulla giusta ponderazione dei criteri rilevanti”<sup>568</sup>. A titolo di esempio, i redattori del Libro verde richiamano il principio di ragionevolezza e/o il diritto ad un processo equo, in forza del quale le autorità competenti sarebbero obbligate a tenere conto degli interessi delle persone coinvolte<sup>569</sup>. È quest’ultima una fondamentale precisazione contenuta nel Libro verde, dalla quale si deduce che, a giudizio della Commissione, le esigenze di tutela della persona non si manifestano solo “a valle” attraverso la previsione del divieto di doppio giudizio, ma assumono rilevanza anche “a monte” al momento di individuare *quale* debba essere l’unico giudice competente.

### **7.2.2. Il ruolo delle persone interessate ed il controllo giurisdizionale**

Il Libro verde si preoccupa inoltre di chiarire il ruolo svolto nel procedimento di scelta della giurisdizione dalle persone interessate alla non

---

<sup>566</sup> Commissione delle Comunità europee, Libro verde, cit., 8.

<sup>567</sup> Commissione delle Comunità europee, Libro verde, cit., 8.

<sup>568</sup> Commissione delle Comunità europee, Libro verde, cit., 8.

<sup>569</sup> Commissione delle Comunità europee, Libro verde, cit., 8.



instaurazione o alla interruzione del secondo procedimento penale per i medesimi fatti. Va da sé che le garanzie previste per i soggetti coinvolti, e in particolar modo per gli imputati, variano nelle diverse fasi del meccanismo di scelta della giurisdizione e quindi dipendono dallo stato di avanzamento del primo procedimento.

In particolare, durante la fase che precede l'instaurazione del primo processo, poiché il meccanismo di scelta della giurisdizione proposto si basa su consultazioni tra le autorità requirenti dei singoli Stati, non si prevede alcun coinvolgimento dei soggetti coinvolti. In questa prima fase, infatti, l'instaurazione di un contraddittorio con le persone interessate potrebbe condurre alla rivelazione di fatti, pregiudicando il segreto istruttorio e lo stesso esercizio dell'azione penale, danneggiando i diritti e gli interessi di vittime e testimoni. Per questo motivo, le autorità competenti dovrebbero essere tenute a comunicare immediatamente agli imputati, ai difensori e alle vittime la scelta della giurisdizione più adeguata solo se non sussistono rischi per il corretto svolgimento del processo; la decisione sull'eventuale esistenza di un rischio siffatto nel singolo caso potrebbe essere lasciata ai giudici nazionali<sup>570</sup>. In ogni caso, nel Libro verde si precisa che agli interessati dovranno essere immediatamente comunicati i motivi principali che hanno portato alla scelta di una determinata giurisdizione nazionale e che tale comunicazione dovrà intervenire al più tardi al momento della emissione della richiesta di rinvio a giudizio per il procedimento di fronte al giudice competente.

Le cose sono ben diverse una volta che il procedimento è stato instaurato di fronte al giudice la cui giurisdizione è stata preferita a quella di altri Stati. In questa seconda fase, sembra necessario prevedere un controllo giurisdizionale sulle attribuzioni di giurisdizione su istanza dei soggetti interessati, almeno quando il caso è attribuito ad una determinata giurisdizione in virtù di un accordo vincolante intercorso tra gli Stati. Questo perché gli accordi vincolanti, una volta conclusi, limiterebbero la possibilità per gli Stati coinvolti di contestare in un momento successivo l'avvenuta attribuzione della giurisdizione<sup>571</sup>. Discorso diverso quando la rinuncia all'esercizio delle giurisdizione da parte di uno o più Stati non è stata formalizzata in un accordo vincolante; in quest'ultima ipotesi,

---

<sup>570</sup> Commissione delle Comunità europee, Libro verde, cit., 6.

<sup>571</sup> Commissione delle Comunità europee, Libro verde, cit., 7.

secondo i redattori del Libro verde, la questione dell'esperibilità o meno di un controllo giurisdizionale potrebbe essere lasciata alla discrezionalità degli Stati membri e delle leggi nazionali<sup>572</sup>. Per quanto poi concerne l'autorità competente a svolgere un controllo sulla scelta in materia di giurisdizione, a giudizio della Commissione i giudici nazionali sembrano trovarsi nella posizione migliore per compiere questo sindacato<sup>573</sup>.

Infine, i redattori del Libro verde evidenziano come si porrebbero questioni più complesse laddove, in un prossimo futuro, il potere di prendere decisioni in materia di conflitti di giurisdizione fosse conferito ad un organo comunitario<sup>574</sup>. In questo caso il controllo giurisdizionale sarebbe indispensabile. Tuttavia, si sottolinea, è attualmente inopportuno e, ad oggi, giuridicamente impossibile assegnare ai giudici nazionali il compito di riesaminare le decisioni di un organo comunitario. Per di più, i trattati attualmente in vigore non contengono una base giuridica che conferisca alla Corte di Giustizia un siffatto potere di controllo<sup>575</sup>. Si potrebbe pertanto studiare la possibilità di introdurre nei trattati attuali una modifica in tal senso.

### **7.2.3. Il *ne bis in idem* ed il rafforzamento del principio del mutuo riconoscimento**

L'ultima parte del Libro verde è dedicata al *ne bis in idem* disciplinato dagli articoli da 54 a 58 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen. La Commissione, dopo aver evidenziato che il programma di riconoscimento reciproco del dicembre 2000 invitava a riesaminare tali disposizioni e, in particolare, alcune eccezioni al principio, afferma che le discussioni sul *ne bis in idem* potrebbero essere rilanciate con maggiori prospettive di successo qualora fosse instaurato "un meccanismo per una scelta equilibrata della giurisdizione, che eviti cioè di conferire un effetto esclusivo ai

---

<sup>572</sup> Commissione delle Comunità europee, Libro verde, cit., 7.

<sup>573</sup> Commissione delle Comunità europee, Libro verde, cit., 7.

<sup>574</sup> Commissione delle Comunità europee, Libro verde, cit., 7.

<sup>575</sup> La contiene invece il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, cfr. Commissione delle Comunità europee, Libro verde, cit., 7.

procedimenti più rapidi”<sup>576</sup>. Al riguardo, le questioni maggiormente rilevanti, a giudizio dei redattori del Libro verde, sono tre.

In primo luogo, occorrerebbe stabilire se sia necessario chiarire una volta per tutte alcuni elementi e definizioni che condizionano l’applicazione del divieto di *bis in idem*. A titolo di esempio si richiamano i tipi di decisioni che possono avere un effetto di *ne bis in idem* e ciò che si intende per *idem* o “stessi fatti”<sup>577</sup>. In secondo luogo, ci si interroga sulla opportunità di mantenere in vita la c.d. condizione di esecuzione, in forza del quale il principio del *ne bis in idem* si applica soltanto se la pena eventualmente inflitta “sia stata eseguita, sia in fase di esecuzione o non possa più essere eseguita”<sup>578</sup>. Nel Libro verde, come accennato, si solleva più di una perplessità circa il fatto che questa condizione si giustifichi ancora in uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia “dove l’esecuzione transfrontaliera si opera ormai grazie agli strumenti dell’UE sul riconoscimento reciproco”<sup>579</sup>. In terzo luogo, c’è da chiedersi se siano ancora necessarie le attuali possibilità di derogare al principio del *ne bis in idem* nelle ipotesi previste dall’art. 55 CAAS<sup>580</sup>; in particolare, a giudizio dei redattori del Libro verde, “tali eccezioni potrebbero diventare obsolete qualora venisse istituito un meccanismo equilibrato per la scelta della giurisdizione”<sup>581</sup>.

Infine, nell’ultima parte del libro verde si evidenzia come le misure proposte potrebbero condurre al rafforzamento del più generale principio del mutuo riconoscimento, permettendo all’Unione di ridurre il numero di motivi di non esecuzione di decisioni giudiziarie degli altri Stati membri ad oggi contemplati in molti strumenti comunitari<sup>582</sup>. A giudizio della Commissione, alcuni di questi motivi di non esecuzione, come ad esempio quello relativo ai reati commessi nel territorio dello Stato membro di esecuzione del mandato di arresto europeo, contemplato dall’art. 4 paragrafo 7 a) della decisione quadro relativa al MAE, possono essere ritenuti necessari alla luce dell’attuale situazione dei conflitti

---

<sup>576</sup> Commissione delle Comunità europee, Libro verde, cit., 9.

<sup>577</sup> Commissione delle Comunità europee, Libro verde, cit., 9.

<sup>578</sup> Sulla c.d. condizione di esecuzione, cfr. *supra*, cap. II, para 4.4.

<sup>579</sup> Commissione delle Comunità europee, Libro verde, cit., 9.

<sup>580</sup> Su cui *supra*, in questo capitolo, para 3.3.

<sup>581</sup> Commissione delle Comunità europee, Libro verde, cit., 9.

<sup>582</sup> Commissione delle Comunità europee, Libro verde, cit., 9.

di giurisdizione in materia penale<sup>583</sup>. Nondimeno, l'adozione degli strumenti previsti nel libro verde potrebbe condurre ad una rimeditazione dell'intera problematica, nel segno di un ulteriore rafforzamento del principio del mutuo riconoscimento delle decisioni penali.

---

<sup>583</sup> Commissione delle Comunità europee, Libro verde, cit., 9 s.

## CAPITOLO IV

### LA NOZIONE DI “MEDESIMI FATTI” NELL’ART. 54 DELLA CONVENZIONE DI APPLICAZIONE DELL’ACCORDO DI SCHENGEN

SOMMARIO: 1. L’indeterminatezza dell’art. 54 CAAS e la nozione di “idem”. – 2. I possibili modelli funzionali del *ne bis in idem* europeo. – 2.1. La scelta “nazionalistica”. – 2.2. La prospettiva europea “debole”. – 2.3. La prospettiva europea “forte”. – 3. La nozione europea di *res judicata*: verso un reale “spazio giudiziario europeo”. – 4. Il richiamo all’art. 6 TUE e alla giurisprudenza della Corte del Lussemburgo. – 5. La questione dell’unitarietà o pluralità della nozione di *idem* nel diritto dell’Unione. – 5.1. Il *ne bis in idem* nella giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di concorrenza. – 5.2. La scarsa plausibilità dell’individuazione dei presupposti applicativi dell’art. 54 CAAS alla luce dei principi elaborati dalla Corte di Giustizia nel settore della concorrenza. – 6. La nozione di “*idem factum*” nell’art. 54 CAAS: le possibili soluzioni ermeneutiche. – 6.1. La nozione “normativa” di *res judicata*: un’*interpretatio abrogans* dell’art. 54 CAAS. – 6.2. La valorizzazione del bene giuridico leso dal fatto di reato. – 6.3. La nozione “storico-naturalistica” di *res judicata*: l’interpretazione dell’art. 54 CAAS accolta dalla Corte di Giustizia. – 7. Il *ne bis in idem* quale surrogato dell’armonizzazione dei diversi sistemi penali nazionali. – 8. Le problematiche sollevate dall’accoglimento di una nozione storico-naturalistica di *res judicata* nell’applicazione dell’art. 54 CAAS. – 9. (Segue) I “fisiologici” vuoti di tutela derivanti dalle attuali regole di diritto penale internazionale. – 10. Verso una nuova tipicità penale (europea) cui ancorare la preclusione processuale?

#### **1. L’indeterminatezza dell’art. 54 CAAS e la nozione di “idem”**

Il riconoscimento del divieto di doppio processo nell’art. 54 della Convenzione di Applicazione dell’Accordo di Schengen (CAAS), in forza del quale una persona che sia stata giudicata con sentenza definitiva in una Parte contraente non può essere sottoposta a procedimento penale per i medesimi fatti in un’altra Parte contraente, pone la necessità, palesata anche dai giudici nazionali attraverso numerosi rinvii pregiudiziali alla Corte di giustizia delle Comunità europee, di individuarne con esattezza la portata applicativa. Ed invero, come già evidenziato nel capitolo precedente, ad onta dell’apparente linearità e limpidezza della formulazione, il contenuto precettivo del *ne bis in idem* sancito dalla CAAS

– ed oggi parte del diritto dell’Unione<sup>584</sup> – pare sfuggente, poiché l’operatività del divieto di un secondo processo è subordinata all’accertamento di due presupposti – l’esistenza di una sentenza definitiva in uno degli Stati membri e l’identità tra i fatti oggetto dei due giudizi – per l’individuazione dei quali il principio medesimo non offre alcun appiglio ermeneutico.

Nonostante l’attenzione della dottrina abbia fino ad oggi investito quasi esclusivamente il primo dei problemi sollevati dalla disposizione in parola e quindi la nozione di “sentenza definitiva” rilevante ai fini della preclusione processuale, oggetto del presente contributo è solamente l’individuazione del secondo dei presupposti applicativi del *ne bis in idem* comunitario e più precisamente il significato da attribuirsi alla locuzione “medesimi fatti” contenuta nell’art. 54 CAAS. La ragione di questa scelta, che conduce inevitabilmente ad un’artificiosa separazione di una problematica in sé essenzialmente unitaria, non risiede tanto nell’omaggio ad una secolare tradizione dottrinale, secondo la quale il fondamentale interrogativo sollevato dal *ne bis in idem* consiste proprio nella individuazione di quell’“*idem*” cui si ricollega il divieto di instaurare un secondo processo o di irrogare una seconda sanzione, quanto nella convinzione che la questione dell’identità dei fatti oggetto di accertamento giudiziale sia in qualche modo preliminare rispetto a quella, altrettanto essenziale, del tipo di atto processuale in grado di impedire l’instaurazione o la prosecuzione del giudizio, secondo quanto sancito dalla Convenzione di Applicazione dell’Accordo di Schengen.

In particolare, anche tralasciando le considerazioni di ordine storico, il carattere necessariamente preliminare del requisito della “identità dei fatti” si coglie alla luce di evidenti ragioni di tipo logico-sistematico, non prive, peraltro, di significativi riscontri sul piano empirico e su quello dell’economia dell’accertamento giudiziale. Per quanto concerne quest’ultimo profilo, sembra infatti che il giudice nazionale possa sollevare la questione circa l’esistenza di una previa sentenza definitiva estera solo *dopo* aver accertato l’identità dei fatti oggetto dei due procedimenti, non essendovi altrimenti ragione per iniziare l’impegnativa indagine circa la “definitività” del giudizio estero e la natura di “sentenza”

---

<sup>584</sup> Sulla c.d. integrazione dell’*acquis* di Schengen nel diritto dell’Unione europea, si v. *supra*, cap. III, para 3.1.

dell'atto con cui si è concluso il procedimento; d'altro canto, e venendo così al profilo logico-sistematico, pare che solo un'analisi concernente i limiti "oggettivi" del giudicato penale estero, per sua natura vocata alla ricerca del fondamento assiologico del divieto di doppio processo e dunque concernente l'*an* della preclusione, possa fornire utili spunti di riflessione per la soluzione della successiva problematica relativa ai limiti "formali" della preclusione processuale e quindi del *tipo* di decisioni relativamente alle quali il principio del *ne bis in idem* opera.

Oltre a ciò, la preminenza sul piano logico del presupposto dell'"identità dei fatti" si coglie sotto un ulteriore e decisivo profilo, vale a dire quello della sua immanenza, per così dire, ad ogni discorso sul *ne bis in idem*. L'analisi svolta fino a questo punto induce infatti a ritenere che, indipendentemente dal contesto in cui esso opera – nazionale o transnazionale – ed a prescindere dall'oggetto del divieto – duplicità di processo o duplicità di pena per uno stesso fatto – il *ne bis in idem* sembra comunque espresso come principio ipotetico, la cui implementazione è necessariamente subordinata alla identificazione ed all'accertamento dell'"identità dei fatti" che giustifica l'applicazione del divieto<sup>585</sup>. Pare insomma che la portata precettiva del *ne bis in idem* sia sostanzialmente rimessa alla previa determinazione della nozione di "*idem*" e che, nella ricerca dell'ambito applicativo del principio, l'interprete, in assenza di chiare indicazioni normative, non possa far altro che procedere "a ritroso", muovendo dalla *ratio* del divieto all'interno del sistema nel quale la norma è destinata ad operare.

Ed invero, posto che il giudizio circa l'identità dei fatti abbisogna necessariamente di parametri ben definiti alla cui stregua effettuare un raffronto tra i fatti in oggetto, ciò che preme evidenziare è che tali parametri non sono pre-dati, ma costituiscono, essi stessi, l'esito di un'operazione ermeneutica volta ad individuare la funzione che la preclusione è, di volta in volta, chiamata a svolgere; la nozione di *idem* rappresenta dunque il precipitato, sul piano tecnico, della *ratio* del principio, per cui a seconda del significato che si attribuisce alla garanzia in parola vengono a mutare i parametri del giudizio di "identità dei fatti" e, con questi, l'ampiezza della preclusione. È dunque la presenza di questa problematica,

---

<sup>585</sup> Analog., M. PAPA, *Definizioni legislative e concorso apparente di norme: note comparatistiche*, cit., 462.

che, implicando un continuo trascorrere dalla funzione del *ne bis in idem* alla sua portata applicativa e viceversa, non solo eleva la nozione di “*idem*” a pietra angolare del principio, ma fa anche sì che proprio la nozione di “medesimi fatti” costituisca la migliore chiave di lettura per analizzare il *ne bis in idem* sancito dall’art. 54 della Convenzione di Applicazione dell’Accordo di Schengen.

Tutto ciò premesso in merito alle ragioni che inducono a riflettere sulla nozione di “*idem*” quale presupposto della preclusione processuale sancita dall’art. 54 CAAS, i problemi esegetici che l’interprete incontra derivano, come accennato, dall’assoluta indeterminatezza della norma e dalla necessità di una sua etero-integrazione. In particolare, poiché la disposizione in discorso, limitandosi a codificare il *principio* del *ne bis in idem*, non fornisce una regola di fattispecie, ma una regola di indirizzo, che abbisogna di una successiva specificazione per poter essere applicata al caso concreto<sup>586</sup>, si pongono due questioni fondamentali: la determinazione della *fonte giuridica* dei parametri alla cui stregua effettuare il giudizio di “identità dei fatti” e l’individuazione di questi parametri, vale a dire il *significato* da attribuirsi alla locuzione “medesimi fatti” contenuta nell’art. 54 della Convenzione<sup>587</sup>. Si tratta di due problematiche distinte ma evidentemente connesse: solo una volta che si è scelto il sistema normativo alla luce del quale stabilire il significato della nozione di “medesimi fatti” contenuta nell’art. 54 CAAS ha senso interrogarsi sull’ampiezza della nozione di *idem* accolta in quel *determinato* sistema normativo e, in via mediata, nella stessa Convenzione di Applicazione dell’Accordo di Schengen. Con la prima questione, si risponde all’interrogativo concernente la *natura* della garanzia; con la seconda, invece, si affronta la diversa problematica della sua *portata*.

## 2. I possibili modelli funzionali del *ne bis in idem* europeo

---

<sup>586</sup> Sul significato dei principi generali come regole di indirizzo, oggetto di un diffuso e costante processo di determinazione progressiva, si v. A. FALZEA, *I principi generali di diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, 458 s. D’altra parte, che i principi siano norme “indirette”, che “sarebbero inattuabili se altre norme non precisassero ciò che si deve fare per attuarle” (così, W. CESARINI SFORZA, *I principi generali*, in *Bollettino dell’Istituto di Filosofia del diritto*, I, 1940, 177) è affermazione ormai pacifica nella letteratura giuridica italiana; si v., tra i molti, N. BOBBIO, voce *Principi generali del diritto*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIII, 891 ss., nonché, più di recente, A. BERNARDI, *Sulle funzioni dei principi di diritto penale*, in *Annali dell’Università di Ferrara – Scienze giuridiche*, 1992, 62.

<sup>587</sup> Analog. H. THOMAS, *Das Recht auf Einmaligkeit der Strafverfolgung*, cit., 205 ss.



La prima questione che è necessario affrontare, pertanto, concerne la scelta del sistema giuridico alla luce del quale determinare la nozione di *idem factum* e, dunque, la nozione di *res judicata* rilevante per l'applicazione dell'art. 54 CAAS. Posto che le soluzioni astrattamente possibili sembrano tre, poiché i limiti oggettivi del giudicato penale estero possono essere determinati, alternativamente, in base all'ordinamento processuale dello Stato che intende procedere *in idem*, alla stregua del sistema processuale dello Stato che per primo ha esercitato la giurisdizione penale, o, infine, guardando al sistema normativo dell'Unione europea, è evidente che la scelta dell'una o dell'altra soluzione ermeneutica sottende una ben precisa concezione dell'essenza e delle fondamenta del divieto codificato nella Convenzione. L'assoluta indeterminatezza dell'art. 54 CAAS, pertanto, se da un lato conferisce al divieto di doppio processo quella elasticità e quella dinamicità necessarie alla sua implementazione a livello europeo<sup>588</sup>, dall'altra rimette all'interprete la scelta tra tre distinti modelli funzionali di *ne bis in idem* internazionale, ciascuno dei quali si caratterizza per una diversa valorizzazione della dimensione sistematica e programmatico-direttiva del principio sancito dalla CAAS<sup>589</sup>.

## **2.1. La scelta “nazionalistica”**

Ebbene, la prima soluzione astrattamente ipotizzabile per la determinazione dei presupposti applicativi dell'art. 54 CAAS consiste nel richiamare, di volta in volta, la nozione di *res judicata* accolta nello Stato che intende procedere *in idem*; alla luce di questo modello applicativo, dunque, il significato precettivo della disposizione si esaurisce nell'obbligo, in capo a tutti gli Stati parte, di equiparare il giudicato estero al giudicato interno e, pertanto, di guardare alla sentenza straniera *come se* questa fosse stata pronunciata da un giudice nazionale. Questa soluzione ermeneutica, che consente agli Stati di non abdicare alle proprie scelte

---

<sup>588</sup> Del resto, come sottolinea A. FALZEA, *I principi generali del diritto*, cit., 456, “è principalmente sui principi che si va costruendo l'unità giuridica europea e che si va facendo strada quell'ancora esiguo rigagnolo di unità giuridica planetaria che porta con sé l'*humus* fecondante dei diritti dell'uomo”.

<sup>589</sup> Sui caratteri sistematico e programmatico-direttivo dei principi di diritto, con particolare riferimento al diritto penale europeo, per tutti A. BERNARDI, “*Principi di diritto*” e *diritto penale europeo*, in *Annali dell'Università di Ferrara – Scienze giuridiche*, 1988, 85 ss. e ID., *Sulle funzioni dei principi di diritto penale*, cit., 60 ss.

in una materia così compenetrata da istanze di sovranità nazionale e dalle forti matrici ideologiche, trova espressione in alcune dichiarazioni rese dalla Germania<sup>590</sup> e dal Belgio<sup>591</sup> ed in alcune recenti pronunce della Corte di Cassazione italiana, dove si è affermata la piena corrispondenza tra l'art. 54 della Convenzione e l'art. 649 c.p.p.<sup>592</sup>. Sennonché, in questo modo si introduce un meccanismo di risoluzione dei conflitti giurisdizionali capace di operare soltanto “ad intermittenza”, per cui, in relazione al medesimo fatto, l'esercizio della potestà punitiva è consentito ad alcuni Stati e vietato ad altri; per questa via, dunque, si finisce per predisporre un sistema di garanzia individuale quanto mai variabile. Oltre a ciò, sono evidenti i limiti di questa soluzione: da un lato, l'obbligo di equiparazione del giudicato interno ed estero pare poco convincente sotto il profilo sistematico, poiché contrastante con il contenuto dell'art. 58 CAAS<sup>593</sup>; dall'altro, poiché la nozione di *res judicata* accolta dai singoli ordinamenti nazionali dipende, tra le altre cose, dall'ampiezza dei poteri cognitivi attribuiti alle autorità giudiziarie, questa soluzione rischia di condurre a risultati addirittura paradossali. Ed invero, se lo Stato che intende procedere *in idem* adotta un concetto “naturalistico” di fatto processuale, inteso dunque come vicenda

<sup>590</sup> Cfr. la dichiarazione resa dalla Germania (*Denkschrift zu Art. 2 des EG-ne bis in idem-Übereinkommen*, BR-Drs. 283/97), nella quale si afferma che “*Als Tat wird seitens der Bundesrepublik Deutschland derjenige geschichtliche Vorgang verstanden, wie er in dem anzuerkennenden Urteil aufgeführt ist*”. Cfr. sul punto H. THOMAS, *Das Recht auf Einmaligkeit*, cit., 208; M. GROTZ, *Das Schengener Durchführungsübereinkommen und der Grundsatz des ne bis in idem*, in *StraFo*, 1995, 103.

<sup>591</sup> *Circulaire interministérielle sur l'incidence de la convention de Schengen en matière de contrôle frontalier et de coopération policière et judiciaire*, 10 Dec. 1998, in *Moniteur belge*, n. 20, del 29 gennaio 1999, p. 2714. Nella circolare in parola si sottolinea come, per effetto dell'art. 54 CAAS, si è ampliato l'effetto preclusivo delle sentenze straniere emesse in uno degli Stati parte della Convenzione oltre i limiti previsti dall'art. 13 del Titolo preliminare del codice di rito. Si v. sul punto le osservazioni di C. VAN DEN WYNGAERT-G. STESENS, *The international non bis in idem principle*, cit., 791.

<sup>592</sup> Cass. Sez. V, 2 febbraio 2005, *Boheim*, in *Cass. pen.*, n. 3, 2006, 986 s; cfr. anche Cass. Sez. I, 3 giugno 2004, *Desiderio*, *ibidem*, 985 s., entrambe con nota di G. DE AMICIS, *Osservazioni in tema di ne bis in idem europeo*, *ibidem*, 989 ss.

<sup>593</sup> Ai sensi dell'art. 58 CAAS, le disposizioni degli artt. 54 ss. “non sono di ostacolo all'applicazione di disposizioni nazionali più ampie, concernenti l'effetto *ne bis in idem* attribuito a decisioni giudiziarie straniere”. Ora, a meno che non si voglia ritenere che gli Stati siano disposti ad attribuire maggiore efficacia preclusiva alle sentenze estere che a quelle nazionali, pare difficile, alla luce del primo modello applicativo di *ne bis in idem*, attribuire un significato razionale a questa clausola di salvezza; in altre parole, dal combinato disposto degli artt. 54 e 58 CAAS sembra evincersi che lo scopo cui miravano i redattori della Convenzione fosse quello di imporre l'attribuzione di un determinato valore preclusivo al giudicato estero, uguale per tutti gli Stati, ma non necessariamente corrispondente alla regola del *ne bis in idem* che i singoli ordinamenti adottano per le proprie sentenze.

storica determinata quanto a profili spaziali, temporali e modali, esso sarebbe costretto a non rinnovare il giudizio anche laddove il primo giudice, operante in un ordinamento dove vige una nozione “normativa” di *res judicata*, ha statuito esclusivamente sulla realizzazione o meno di una determinata fattispecie, e dunque su alcuni soltanto degli aspetti criminosi del medesimo fatto storico; paradossalmente, mentre un secondo giudizio, volto ad accertare l’eventuale violazione di altre norme penali concorrenti sul medesimo fatto, sarebbe pienamente lecito nello Stato che per primo ha proceduto, altrettanto non potrebbe dirsi per il secondo Stato<sup>594</sup>.

## 2.2. La prospettiva europea “debole”

Scartata, per le ragioni appena viste, questa prospettiva, la seconda soluzione potrebbe essere definita una scelta europea “debole”, in base alla quale tutti gli Stati sono vincolati alla nozione di “cosa giudicata” prevista dal diritto dello Stato che per primo ha proceduto<sup>595</sup>. Pertanto, tutti gli Stati sarebbero vincolati alla nozione di “*idem*” vigente nell’ordinamento dove si è svolto il primo giudizio e l’art. 54 CAAS costituirebbe un mezzo di coordinamento tra le diverse regole di *ne bis in idem* previste dai singoli Stati parte<sup>596</sup>. Così, nell’esempio prima fatto, quando cioè il giudice del primo Stato ha statuito esclusivamente sulla realizzazione di un fatto reato, il secondo giudice ben potrebbe procedere ad un nuovo giudizio nei limiti in cui questa possibilità è ammessa dal diritto dello Stato dove è stata pronunciata la prima sentenza; altrettanto non potrebbe tuttavia dirsi nel caso inverso, poiché se il primo giudice ha statuito sull’intero episodio criminoso, tale per cui non potrebbe giudicare una seconda volta i medesimi fatti ai sensi del diritto nazionale, si dovrebbe escludere una successiva pronuncia da parte di una Corte di un altro Stato.

---

<sup>594</sup> Cfr., per analoghe considerazioni, H. THOMAS, *Das Recht auf Einmaligkeit*, cit., 207 s.

<sup>595</sup> A favore di questa soluzione, B. FEILCKE, *Competing jurisdictions and prohibition of multiple actions in the EU: criteria for the determination of jurisdictional competence in the German system*, relazione presentata all’Incontro di Studio organizzato dal CSM su “Il principio del ‘*ne bis in idem*’ in ambito europeo: prevenzione e composizione dei conflitti di giurisdizione”, Roma, 19-21 settembre 2005, p. 13 dell’estratto.

<sup>596</sup> Analog. M. BÖSE, M. Der Grundsatz „*ne bis in idem*“ in der EU (art. 54 SDÜ), in *GA*, 2003, 758.

La tutela offerta dalla norma, pur avendo contenuto evidentemente variabile, dipendendo dall'ampiezza della preclusione processuale vigente nel primo Paese che ha esercitato la giurisdizione<sup>597</sup>, costituirebbe – in relazione al medesimo fatto – un argine “fisso” e immutabile alle pretese punitive degli altri Stati, identico in tutto lo spazio Schengen quale che sia la nozione di *res judicata* accolta nell'ordinamento che intende procedere *in idem*<sup>598</sup>.

Com'è stato notato, questa soluzione pare l'unica effettivamente coerente con l'attuale stadio di sviluppo dell'Unione europea, che ancora costituisce, dal punto di vista penalistico, il risultato della coesistenza di diversi sistemi nazionali, mancando tanto un diritto che una procedura penale “europea”<sup>599</sup>; ed invero, obbligando ciascuno Stato ad attribuire al giudicato estero la stessa efficacia preclusiva che gli appartiene *ab origine*, anche se per avventura superiore a quella riconosciuta alle sentenze nazionali<sup>600</sup>, questo modello applicativo risponde a quell'esigenza di fiducia reciproca che costituisce la base del *ne bis in idem* transnazionale, senza comportare il rischio – insito tanto nell'accoglimento del primo modello che nell'adozione di una nozione “europea” di “*idem*” – che uno Stato finisca per attribuire alla sentenza straniera una valenza preclusiva maggiore di quella che le appartiene nell'ordinamento dov'è stata pronunciata.

Tuttavia, anche questa soluzione presenta alcuni profili problematici.

Innanzitutto, questa scelta reca con sé il serio rischio di trasformare il *ne bis in idem* in una garanzia “variabile”, che mal si concilia con il fatto che il principio opera anche come criterio di coordinamento fra giurisdizioni di Stati diversi. Una tale obiezione, peraltro, coglierebbe solo in parte nel segno, poiché, se è

---

<sup>597</sup> Cfr. la *Freiburg Proposal on Concurrent Jurisdictions*, cit., 24: “The interpretation of the *idem* according to the legal system of the first deciding State would stress the principle of *mutual recognition of final decision*. That is to say: If the first decision is, for example, a judgment delivered in England, the *ne bis in idem* effect would comprise only the *idem* as *idem crime*. If, on the other hand, it is delivered in the Netherlands or in Germany, the *idem* would be the *idem factum*. However, this would create great uncertainty for the prosecutorial authorities of the second State, because it would require the interpretation of the foreign decision in that respect, according to whether the *idem* was defined as *idem factum* or as *idem crimen*”.

<sup>598</sup> In questo senso, B. HECKER, *Europäisches Strafrecht*, Heidelberg, 2005, 474: “Das transnationale Doppelbestrafungsverbot zielt darauf ab, den Täter im gesamten Schengener Rechtsraum so zu stellen, wie er im Erstverfolgerstaat steht”.

<sup>599</sup> B. HECKER, *Europäisches Strafrecht*, cit., 474.

<sup>600</sup> Cfr. H. THOMAS, *Das Recht auf Einmaligkeit*, cit., 207, che sottolinea come la possibilità che uno Stato sia costretto a riconoscere alle sentenze straniere un'efficacia impeditiva maggiore di quella attribuita alle proprie pare difficilmente accettabile nell'ottica di tutela della sovranità nazionale.

indubitabile che un criterio di coordinamento tra giurisdizioni nazionali può essere previsto solamente da una norma internazionale riconosciuta come vincolante dai diversi Stati sovrani<sup>601</sup>, non è parimenti vero che anche il contenuto di tale criterio debba essere necessariamente stabilito una volta per tutte da una norma con siffatte caratteristiche. Ciò che sembra necessario è che il principio a base del riparto di giurisdizioni sia riconosciuto come vincolante da tutti gli Stati ogni volta che viene in gioco e non anche che sia stabilito *direttamente* da una norma internazionale, ben potendo questo essere individuato solo in via mediata, attraverso il richiamo alla nozione di *res judicata* adottata dallo Stato che per primo ha provveduto alla repressione; il coordinamento tra giurisdizioni, in questo modo, avverrebbe alla stregua di una norma di diritto internazionale – o comunitaria – che attribuisce valore vincolante alla scelta in materia di *ne bis in idem* compiuta dal primo Stato.

Sono altre dunque le ragioni che inducono a dubitare della bontà di questa soluzione, e più precisamente quelle riconducibili alla *ratio* garantista del principio del *ne bis in idem*. Infatti, se si accogliesse questa prospettiva, la tutela predisposta dall'art. 54 CAAS sarebbe soggetta a tante variazioni quanti sono gli Stati vincolati al rispetto della norma, con la duplice conseguenza che, da un lato, verrebbe meno quella fondamentale esigenza di certezza che costituisce una delle architravi portanti del principio in discorso; dall'altro, si assisterebbe ad una violazione del principio di eguaglianza priva di ogni ragionevole giustificazione.

Per quanto concerne il primo profilo, è infatti chiaro che le difficoltà di un raffronto tra la portata della garanzia nel primo Stato che ha proceduto e quella vigente nell'ordinamento che intende procedere in *idem*, sarebbero accolte per intero alla singola persona già giudicata nel primo Stato, la cui sicurezza verrebbe così fatalmente frustrata; con riferimento al secondo profilo, la violazione del principio di eguaglianza è palese laddove si ritenga – ed il dato pare francamente indubitabile – che la sottoposizione ad un processo costituisca di per sé una pena per l'imputato, a prescindere dagli esiti di questo. E tuttavia, questa sarebbe una delle conseguenze dell'accoglimento della soluzione europea “debole”, per cui

---

<sup>601</sup> Cfr. O. LAGODNY, *Viele Strafgewalten und nur ein transnationales ne-bis-in-idem?*, in *Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte, Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag*, a cura di A. Donatsch, M. Forster, C. Schwarzenegger, 2002, in particolare 255 s.

due persone che hanno commesso lo stesso reato, eventualmente in concorso tra di loro, potrebbero essere la prima soggetta ad un solo processo e la seconda ad una pluralità di giudizi, sulla base della sola circostanza casuale che una è stato processata in uno Stato e l'altra in uno Stato diverso.

Questa scelta, diretta ad accogliere la nozione di *res judicata* vigente nello Stato che per primo ha esercitato la giurisdizione penale, porterebbe inoltre con sé anche altri inconvenienti “pratici”, prima fra tutte la difficoltà, per i giudici dei singoli Stati, di applicare, in una materia già così sfuggente come il *ne bis in idem*, norme elaborate in altri ordinamenti giuridici<sup>602</sup>; il rischio è che i giudici nazionali, di fronte alle innegabili difficoltà interpretative che deriverebbero dal dover fare riferimento ogni volta ad una disposizione diversa, finiscano per adottare una soluzione “standardizzata”, costruita sulla falsariga di quella vigente nel diritto nazionale. Inoltre, anche questa soluzione, come la precedente, potrebbe porre dei problemi di ordine “politico”, dovuti al fatto che alcuni Stati vedrebbero un'efficacia molto più limitata dei propri giudicati rispetto a quella di altri Stati parte della Convenzione; così, per tornare all'esempio precedente, mentre la Germania impedirebbe alla gran parte degli Stati di procedere, altrettanto non potrebbe certamente dirsi di fronte ad una sentenza emessa da una Corte britannica.

### **2.3. La prospettiva europea “forte”**

Infine, il terzo modello applicativo di *ne bis in idem* europeo è incentrato sulla elaborazione di una nozione autonoma di *res judicata*, eventualmente affidata all'intervento pretorio della Corte di Giustizia delle comunità europee ed indifferente alla regolamentazione del divieto di doppio processo negli Stati interessati all'esercizio della giurisdizione. Questa soluzione ermeneutica esalta al massimo grado la funzione di garanzia del divieto sancito dalla Convenzione, permettendo di individuare una misura *costante* di intangibilità delle pretese di sicurezza e libertà dei cittadini nell'intero spazio giudiziario europeo, decisa una

---

<sup>602</sup> Analoga considerazione nella *Freiburg Proposal*, cit., 24: “The interpretation of the *idem* according to the legal system of the first deciding State [...] would cause great uncertainty for the prosecutorial authorities of the second State, because it would require the interpretation of the foreign decision in that respect, according to whether the *idem* was defined as *idem factum* or as *idem crimen*”.

volta per tutte a livello sovranazionale. Essa, accentuando la valenza *sovranazionale* – piuttosto che inter-nazionale – della preclusione e la sua capacità di porsi al servizio del dinamico processo di integrazione europea, delinea un sistema di *mutuo* riconoscimento dell'efficacia preclusiva del giudicato estero sempre eguale per tutti gli Stati, che prescinde dalle peculiarità dei sistemi processuali nazionali per diventare espressione di un nuovo punto di equilibrio, tutto europeo, tra autorità statale e libertà individuale.

Questa interpretazione dell'art. 54 CAAS, nonostante i molti limiti messi in luce dalla dottrina e derivanti dall'assenza di un diritto penale europeo<sup>603</sup>, pare tutto sommato condivisibile. Ed invero, non solo l'efficacia della preclusione processuale nei rapporti tra gli Stati parte della Convenzione rende del tutto plausibile una sua configurazione autonoma, che sola consente un "adattamento" dei presupposti applicativi del *ne bis in idem* alla diversa funzione che questo è chiamato a svolgere una volta trasposto sul piano transnazionale, ma solo così la tutela dei diritti dei singoli è sempre identica in tutto il territorio dell'Unione, con conseguente maggiore certezza giuridica e diminuzione dei rischi di violazione del principio di eguaglianza. D'altra parte, in assenza di una definizione comune del principio negli ordinamenti degli Stati membri, sembrano sussistere tutte le condizioni per l'esercizio, da parte dei giudici del Lussemburgo, del loro "monopolio ermeneutico" sulle nozioni chiave del diritto comunitario, volto a garantire un'applicazione realmente uniforme della norma in ambito europeo.

I vantaggi di questa scelta, peraltro già messi in luce dalla dottrina che si è occupata dell'argomento<sup>604</sup>, sono quindi duplici: da una parte, la disposizione in parola viene a sancire una garanzia *costante* dei diritti dell'individuo, sulla base di una scelta operata "a monte" dall'Unione europea; dall'altra, la configurazione del *ne bis in idem* sancito dall'art. 54 CAAS come principio *propriae naturae* del diritto comunitario<sup>605</sup>, consente un'interpretazione della norma maggiormente conforme agli scopi di questa nel contesto dell'Unione europea ed identica in tutti

---

<sup>603</sup> Cfr., per tutti, B. HECKER, *Europäisches Strafrecht*, Heidelberg, 2005, 474 ss.

<sup>604</sup> Cfr., tra i molti, M. BÖSE, *Der Grundsatz „ne bis in idem“ in der Europäischen Union*, cit., 758 ss.

<sup>605</sup> Così, con particolare efficacia, l'avvocato generale Sharpston nelle sue conclusioni nella causa *Gasparini*, cit., para 80.

gli ordinamenti in forza della particolare “resistenza” delle sentenze della Corte di giustizia.

Se dunque la scelta di attribuire all’art. 54 CAAS un significato univoco, realmente “comunitario” perché indifferente alle norme nazionali in materia di *ne bis in idem* vigenti negli Stati di volta in volta interessati, non può che essere salutata con favore, ciò che desta qualche perplessità è l’assoluta discrezionalità attribuita alla Corte di giustizia nello stabilire il concreto *modus operandi* della norma in parola. In altre parole, ferma restando l’opportunità dell’esercizio, da parte della Corte, del suo monopolio esegetico, ciò che sorprende è che gli Stati parte della Convenzione abbiano lasciato sostanzialmente carta bianca all’organo comunitario nell’individuare la nozione di “medesimi fatti” che costituisce il presupposto della norma, limitandosi ad emanare, quando lo hanno fatto, direttive interne, rivolte esclusivamente ai propri giudici. In questo modo si è fatto sì che una questione così rilevante per la sovranità nazionale come i limiti della giurisdizione penale, fosse affidata esclusivamente all’intervento pretorio del giudice comunitario, il quale, come dimostrano le prime sentenze in materia, ha tutto l’interesse ad ampliare la portata garantista della norma, in funzione di promozione di quella fiducia reciproca che si vuole nei rapporti tra gli Stati e della più ampia tutela della libertà di movimento dei cittadini nello spazio dell’Unione<sup>606</sup>. Si assiste in questo modo ad un fatto singolare: mentre a livello internazionale gli Stati hanno sempre manifestato una sorta di *pruderie* nel vincolarsi reciprocamente per quanto riguarda i limiti della giurisdizione penale, preferendo affidarsi a regole di cortesia internazionale ed ai reciproci rapporti di forza<sup>607</sup>, in ambito comunitario questo stesso “lasciar correre” degli Stati si è

---

<sup>606</sup> La questione era già emersa in sede di redazione del libro verde relativo ai conflitti di giurisdizione, nel quale la domanda 19 è così formulata: “E’ fattibile e necessario definire il concetto di *idem*, o tale definizione dovrebbe essere lasciata alla giurisprudenza della Corte di giustizia?”.

<sup>607</sup> Che dietro i conflitti di giurisdizione si celino conflitti politici è cosa nota; cfr. ad esempio quanto affermato dal Comitato europeo per i problemi criminali (*Compétence extraterritoriale en matière pénale*, Conseil de l’Europe – Division des publications et des documents, Strasbourg, 1990, 41): “i conflitti internazionali tra giurisdizioni [*compétences*] penali non sono che una manifestazione di conflitti internazionali sottostanti [...] Sarebbe dunque illusorio pretendere che l’eliminazione dei conflitti internazionali di competenza possa risolvere i conflitti sociali o politici sottostanti: alcuni conflitti non appartengono al dominio del diritto penale”. Si v. sul punto A. DI MARTINO, *La frontiera e il diritto penale*, cit., 16 s., nonché 75 s., dove l’A. sottolinea “la tendenza politica di Stati particolarmente interessati al dibattito sull’extraterritorialità (quali gli



scontrato con gli interessi forti delle istituzioni comunitarie, che hanno finito per prevalere.

### 3. La nozione europea di *res judicata*: verso un reale “spazio giudiziario europeo”

Com'è noto, la soluzione accolta dalla Corte di giustizia delle Comunità europee, fin dalle sue prime pronunce in materia, è quella da ultimo descritta, che si è concretizzata nella elaborazione di una nozione “europea” e oltremodo ampia di “*idem factum*” rilevante esclusivamente ai fini dell'applicazione della CAAS. Sennonché, i giudici del Lussemburgo hanno mostrato di non preoccuparsi troppo di giustificare la propria scelta di configurare il *ne bis in idem* previsto dalla Convenzione come un concetto *propriae naturae* di diritto comunitario<sup>608</sup>; essi, piuttosto che interrogarsi sulla fonte giuridica alla cui stregua determinare il significato della locuzione “medesimi fatti”, hanno adottato la soluzione che più delle altre fosse capace di condurre a una interpretazione estensiva dell'art. 54 CAAS, volta a far prevalere – per dirla con la Corte – l'oggetto e lo scopo di questa disposizione su aspetti procedurali o meramente formali e a garantire una proficua applicazione del principio del *ne bis in idem* nel contesto europeo<sup>609</sup>.

Nonostante la Corte non si sia preoccupata di indicare espressamente le ragioni per cui l'unico modo per assicurare una proficua applicazione del *ne bis in idem* fosse l'elaborazione, in via pretoria, di una nozione “europea” di *res judicata*, anche sulla scorta delle conclusioni formulate dagli Avvocati generali pare possibile ricavare, per lo meno in via induttiva, gli argomenti a sostegno di questa scelta, tutti peraltro riconducibili alla necessità, or ora evidenziata, di interpretare l'art. 54 CAAS “nel contesto” delle disposizioni ed “alla luce dell'oggetto e dello scopo” del Trattato dell'Unione europea, e, in particolare, dell'art. 2, primo comma, quarto trattino TUE, con il quale gli Stati membri si sono prefissi lo scopo di conservare e sviluppare l'Unione quale spazio di libertà,

---

Stati Uniti) a ‘lasciare le cose come stanno’ in [una] sorta di condizione di *laissez-faire* solo occasionalmente limitata”.

<sup>608</sup> Così, efficacemente, l'Avv. gen. Sharpston nelle sue conclusioni relative alla causa *Gasparini*, punto 80.

<sup>609</sup> Sentenza 11 febbraio 2003, cause riunite C-187/01 e C-385/01, *Gözütok eBrügge*, punto 35.

sicurezza e giustizia in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone<sup>610</sup>. Peraltro, sia detto per inciso, l'esigenza di tener conto degli obiettivi del TUE nell'esegesi dell'art. 54 CAAS è una conseguenza, possibile ma non necessitata, dell'integrazione dell'*acquis* di Schengen nell'ambito dell'UE, operata mediante il Trattato di Amsterdam ed ampiamente valorizzata dalla Corte nelle sentenze in commento; è questa "incorporazione", infatti, che legittima la tendenziale assimilazione, sul piano esegetico, delle disposizioni contenute negli Accordi di Schengen – come si è detto, originariamente negoziati e conclusi fuori dell'Unione europea – alle norme dei trattati istitutivi dell'Unione e dunque la possibilità di leggere l'art. 54 "nel contesto", oltre che delle altre norme della CAAS, anche delle disposizioni del TUE comuni ai tre Pilastri<sup>611</sup>.

Ebbene, a sostegno della configurazione del *ne bis in idem* internazionale come principio proprio del diritto dell'Unione, assume innanzitutto rilevanza il primo capoverso del preambolo del protocollo sull'integrazione dell'*acquis* di Schengen, dal quale si evince che l'attuazione di detto *acquis* nell'ambito dell'Unione mira a *promuovere il processo di integrazione europea* e, in particolare, ad accelerare la trasformazione dell'Unione europea in uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia<sup>612</sup>; naturale, pertanto, che si guardi all'art. 54 CAAS come ad uno strumento al servizio della costruzione di un'Europa senza frontiere, preferendo quei criteri interpretativi che, nel rispetto dei fondamenti e delle finalità della norma, permettono di assicurare un'uniformità di trattamento nell'intero territorio dell'Unione<sup>613</sup>. In particolare, l'elaborazione di una nozione "europea" di *res judicata* è l'unica soluzione che consente di affermare in via immediata e diretta un diritto di libertà individuale il cui rispetto si impone a tutti gli Stati e la cui portata è stabilita una volta per tutte a livello sovranazionale, configurandosi così come elemento essenziale e qualificante dello spazio giudiziario europeo.

---

<sup>610</sup> Cfr. Corte di giustizia, sentenza *Gözütok e Brügge*, cit., punto 36; sul punto, si v. anche F. JULIEN-LAFERRIÈR, *Les effets de la communautarisation de « l'acquis de Schengen » sur la règle non bis in idem*, in *Dalloz*, 2003, 1460.

<sup>611</sup> Sul punto, più ampiamente, A. CIAMPI, *La nozione europea di "persona giudicata con sentenza definitiva"*, cit., in particolare 116 s.

<sup>612</sup> Così, pressoché testualmente, la Corte di giustizia nella sentenza *Gözütok e Brügge*, cit., punto 37.

<sup>613</sup> Cfr. le conclusioni dell'Avv. gen. Colomer nella sentenza *van Esbroeck*, punto 37.

Il secondo argomento a sostegno dell'adozione del modello "europeista" ha carattere schiettamente tecnico-esegetico: data la mancanza di qualunque riferimento espresso, nel tessuto normativo della Convenzione, al diritto penale degli Stati membri, la configurazione del *ne bis in idem* come principio autonomo del diritto dell'Unione sembra la soluzione maggiormente conforme ai principi sviluppati dalla Corte di giustizia delle Comunità europee in materia di interpretazione delle norme comunitarie. In particolare, alla luce di una consolidata giurisprudenza, sembra potersi affermare che, in assenza di una definizione del *ne bis in idem* comune a tutti gli ordinamenti nazionali<sup>614</sup>, sussistono tutti i presupposti perché il principio sancito dall'art. 54 CAAS possa essere inteso come principio autonomo nel contesto del diritto comunitario – *rectius* dell'Unione europea – che deve essere ridefinito ed elaborato dalla Corte di giustizia nell'esercizio del suo "monopolio ermeneutico" su nozioni chiave del diritto comunitario<sup>615</sup>.

Infine, qualunque lettura dell'art. 54 CAAS non può prescindere dalla considerazione che le problematiche da questo sollevate sono del tutto inedite, tali che la ricerca di una soluzione *ad hoc*, adeguata alle caratteristiche peculiari del contesto sovranazionale in cui il principio del *ne bis in idem* deve essere applicato, pare quasi naturale<sup>616</sup>. Ed invero, l'art. 54 CAAS non rappresenta soltanto "uno dei primi tentativi riusciti di applicare multilateralmente il principio *ne bis in idem* in un contesto transnazionale"<sup>617</sup>, ma esso, dispiegando la propria efficacia

---

<sup>614</sup> Si v. quanto sostenuto dall'Avv. gen. Sharpston nelle conclusioni relative alla causa *Gasparini*, punto 79: "nel contesto dell'Unione europea, la mancanza di un criterio di base comune è dimostrata dal fallimento delle varie misure normative e delle iniziative promosse dalle istituzioni comunitarie e dagli Stati membri ai sensi del Titolo VI del Trattato UE per definire la portata del principio di cui all'art. 54 della CAAS".

<sup>615</sup> L'Avv. gen. Sharpston nelle conclusioni relative alla causa *Gasparini* (punto 80 e nota 69) evidenzia come attualmente sia giurisprudenza consolidata che "tanto l'applicazione uniforme del diritto comunitario quanto il principio d'eguaglianza esigono che una disposizione di diritto comunitario che non contenga alcun espresso richiamo al diritto degli Stati membri per quanto riguarda la determinazione del suo senso e della sua portata deve normalmente dar luogo, nell'interna Comunità, ad un'interpretazione autonoma ed uniforme da effettuarsi tenendo conto del contesto della disposizione e dello scopo perseguito dalla normativa". Si v. anche la sentenza 27 febbraio 2003, causa C-373/00, *Adolf Truley*, Racc. pag. I-1931, punto 35 e giurisprudenza *ivi* citata.

<sup>616</sup> Avv. gen. Sharpston, conclusioni della causa *Gasparini*, para 81; le caratteristiche assolutamente peculiari dello spazio giudiziario europeo sono evidenziate anche da R. M. KNEIBÜHLER, *Transnationales 'ne bis in idem'. Zum Verbot der Mehrfachverfolgung in horizontaler und vertikaler Dimension*, Berlin, 2005, 328 ss.

<sup>617</sup> Così l'Avv. gen. Sharpston nelle conclusioni relative alla causa *Gasparini*, cit., punto 81.

all'interno di “un *unico* spazio di libertà, sicurezza e giustizia”, presenta un ulteriore elemento di novità che lo allontana, sotto il profilo dell'efficacia “spaziale”, dallo stesso *ne bis in idem* internazionale, di cui pure costituisce applicazione, e dà ragione dell'attribuzione di un significato autonomo – ed “europeo” – alla preclusione processuale<sup>618</sup>. Più precisamente, la costruzione del *ne bis in idem* sancito dalla CAAS come principio originale del diritto dell'Unione, il cui ambito applicativo è affidato all'attività esegetica – e sotto molti profili creatrice – della Corte di giustizia, è una conseguenza della valorizzazione del peculiare ambito applicativo del principio; la circostanza che il divieto di doppio processo sancito dalla CAAS dispieghi la propria efficacia all'interno dell'Unione europea, che costituisce un nuovo ed unitario ordinamento giuridico<sup>619</sup>, mentre infatti avvicina il *ne bis in idem* europeo a quello nazionale, al contempo legittima la ricerca di un nuovo equilibrio tra libertà individuale ed interesse repressivo degli Stati del tutto indifferente alle scelte operate dai singoli Paesi membri.

L'attribuzione di un carattere autonomo alla preclusione sancita dalla CAAS non è dunque politicamente “neutra”. Essa, piuttosto, rappresenta l'esito di una scelta che potrebbe essere definita epocale, volta a dare un preciso significato – ideale e soprattutto giuridico – alla costruzione dello spazio giudiziario europeo: non solo evocativa della comunanza di ideali e di interessi tra gli Stati membri, ma propriamente costitutiva di diritti in capo ai singoli individui e di corrispondenti doveri in capo agli Stati ed alle istituzioni comunitarie<sup>620</sup>. In questa luce, l'interpretazione del *ne bis in idem* come principio originale del diritto dell'Unione, di natura dunque schiettamente transnazionale, diventa espressione

---

<sup>618</sup> Cfr. le conclusioni dell'Avv. gen. Colomer nella causa C-303/05, *Advocaten voor de Wereld VZW contro Leden van Ministerraad*, punto 43 ss. In questa occasione, l'Avvocato generale, dopo aver sottolineato le peculiarità dell'assistenza giudiziaria tra gli Stati allorché questa “viene richiesta e prestata in seno ad un sistema giuridico di integrazione a carattere sopranazionale, all'interno del quale gli Stati, rinunciando parzialmente alla loro sovranità, trasferiscono le proprie competenze ad organi ad essi estranei, con poteri normativi”, così prosegue: “tale ravvicinamento, tipico del primo pilastro dell'Unione, opera anche nell'ambito del terzo pilastro, che, pur avendo carattere intergovernativo, rivela una spiccata vocazione “comunitaria”, come ha dimostrato la sentenza Pupino”.

<sup>619</sup> Sentenza 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend en Loos*, in *Racc.* p. 1, in particolare p. 14.

<sup>620</sup> Del resto, come ha sottolineato P. WECKEL, (*La Convention additionnelle à l'Accord de Schengen*, cit., 421), “le souhait [formulait par Giscard d'Estaing] qu'en complément de l'intégration économique soit réalisé un espace judiciaire européen, [a]vec la signature de la Convention de Schengen [...] se réalise”.

della ricerca di un nuovo assetto di rapporti tra gli Stati membri, di una *rifondazione* delle garanzie individuali<sup>621</sup> e, con questo, di un approccio propriamente europeo al problema criminale, capace di rispondere alle sfide della internazionalizzazione del diritto penale<sup>622</sup>. La valorizzazione dell'efficacia dell'art. 54 CAAS nel contesto *regionale* dell'Unione europea, infatti, da un lato consente di superare la prospettiva angustamente nazionalista, ancorata ai confini statuali e volta a salvaguardare l'esercizio della giurisdizione penale quale ultimo baluardo di una sovranità sempre più erosa dall'attuale processo di internazionalizzazione del fenomeno giuridico; dall'altro, tuttavia, non implica neppure l'accoglimento di quella prospettiva schiettamente garantista che, sotto l'egida dei diritti umani e nel segno della mondializzazione del diritto, auspica la fine del territorio come categoria giuridica penale<sup>623</sup>. La soluzione "europea" rifugge dagli opposti estremismi e rappresenta una feconda possibilità di rinsaldare la frattura esistente tra queste prospettive apparentemente inconciliabili<sup>624</sup>. Del resto, sia detto per inciso, l'approccio "autonomista" fatto proprio dalla Corte di giustizia sembra l'unica via seriamente percorribile per uscire dalle secche in cui rischia di incagliarsi ogni dibattito in merito al processo di internazionalizzazione del diritto penale. Ed invero, nonostante l'attuale crisi della sovranità statale sia sotto gli occhi di tutti, sembra anche che, mentre può esistere un diritto penale senza Stato – e l'esperienza dei tribunali internazionali ce lo ha dimostrato – non può esistere un diritto penale senza territorio: nessun grado di internazionalizzazione delle norme giuridiche, neppure il più raffinato ed

---

<sup>621</sup> R. ROTH, *Droit pénal transnational: un droit pénal sans État et sans territoire?*, in AA.VV., *La droit saisi par la mondialisation*, a cura di C-A. Morand, Bruxelles, 2001, 143: "la 'transnationalisation' ne pourra aller sans une redéfinition des *fondements* de ces garanties".

<sup>622</sup> Sulla internazionalizzazione del diritto penale, con particolare riferimento ai rapporti tra la "europeizzazione" e la "mondializzazione" del diritto, cfr. A. EPINEY, *Européanisation et mondialisation du droit: convergences et divergences*, in AA.VV. *Le droit saisi par la mondialisation*, a cura di C. Morand, Bruxelles, 2001, 147 ss.

<sup>623</sup> Sull'attuale processo di "deteritorializzazione" del diritto penale, si v., tra i molti, Y. CARTUYVELS, *Le droit pénal et l'Etat: des frontières « naturelles » en question*, in AA.VV., *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, a cura di M. Henzelin e R. Roth, Geneve, 2002, 3 ss.; J. CHEVALLIER, *Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation*, in AA.VV., *La droit saisi par la mondialisation*, a cura di C-A. Morand, Bruxelles, 2001, 37 ss.

<sup>624</sup> Sui rapporti tra diritti umani e spazio europeo, nonché, più in generale, sul ruolo politico dell'Europa nell'attuale processo di globalizzazione, cfr. il recente saggio di P. BARCELLONA, *Crisi della sovranità statale, territorialità della giurisdizione e processo di globalizzazione*, in AA.VV., *L'area di libertà sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, a cura di T. RAFARACI, Milano, 2007, 89 ss.

organico, è in grado di mettere in dubbio che il reato resti sempre e comunque un *fatto* umano, che come tale si realizza in uno spazio delimitato e circoscritto.

Ebbene, la lettura del *ne bis in idem* in chiave regionale – o, se si vuole, transnazionale<sup>625</sup> – non conduce all’abbandono dell’elemento territoriale in materia penale, secondo la logica “classica” dei diritti umani, quanto piuttosto alla sua *riaffermazione*<sup>626</sup>; esso assume nuove forme e si allontana dal classico paradigma statale e tuttavia resta l’unità costitutiva della competenza punitiva degli Stati, identificandosi con lo spazio giudiziario europeo<sup>627</sup>. E poiché la territorialità, pur non potendo più coincidere sempre con l’ambito spaziale della sovranità dei singoli Stati, resta un elemento fondante della “identità penale”, anche le garanzie del singolo dagli abusi del potere punitivo subiscono un’analoga trasfigurazione, assumendo un carattere né statale né universale, ma, piuttosto, regionale<sup>628</sup>. Si tratta a questo punto di analizzare l’effettiva portata garantista del *ne bis in idem* europeo, la cui ampiezza dipende, come accennato in precedenza, dal *significato* attribuito al requisito della “identità dei fatti”.

#### **4. Il richiamo all’art. 6 TUE e alla giurisprudenza della Corte del Lussemburgo**

L’elaborazione di una nozione “europea” di *res judicata* rilevante ai fini dell’applicazione dell’art. 54 CAAS, solleva il problema di conciliare tale disposizione con le altre norme del diritto dell’Unione. In particolare, poiché il *ne bis in idem* previsto dalla CAAS trova il proprio fondamento normativo negli articoli 31 e 34 del TUE, facenti appunto parte del terzo Pilastro dell’Unione, la

---

<sup>625</sup> Sul modello transnazionale come alternativa tra una prospettiva “internazionale” ed una “nazionale”, si v., per tutti, R. ROTH, *Droit pénal transnational: un droit pénal sans État et sans territoire?*, cit., 131 ss.

<sup>626</sup> R. ROTH, *Droit pénal transnational : un droit pénal sans État et sans territoire?*, cit., 138 s.

<sup>627</sup> Sulla plausibilità di una “territorialità comunitaria”, si v. gli importanti rilievi di A. PAGLIARO, *Limiti all’unificazione del diritto penale europeo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1993, 206, nonché, più di recente, A. DI MARTINO, *La frontiera e il diritto penale*, cit., 15 ss., che opportunamente sottolinea come la “territorialità europea non può intendersi come la mera riedizione verso l’esterno dei confini ‘interni’ tra gli Stati appartenenti all’Unione”.

<sup>628</sup> Cfr. R. ROTH, *Droit pénal transnational: un droit pénal sans État et sans territoire?*, cit., 143; si v. anche quanto sostenuto dall’Avv. gen. Colomer nelle sue conclusioni relative alla causa *Advocaten voor de Wereld VZW*, cit., para 79: “se la tutela dei diritti fondamentali ha carattere imprescindibile nel pilastro comunitario, essa risulta altrettanto indispensabile nel terzo pilastro, settore capace di incidere, per sua stessa natura e per il contenuto, sul nucleo della libertà personale, che è il presupposto di tutte le altre”.

sua interpretazione deve necessariamente confrontarsi con il disposto dell'art. 6 del Trattato UE, che rientra tra le c.d. disposizione comuni; al riguardo, com'è noto, assume rilevanza assolutamente centrale il secondo comma dell'art. 6, in forza del quale "l'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali [...] e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario". Il problema che si pone, dunque, è quello di adottare un'interpretazione dell'art. 54 CAAS che rispetti i dettami dell'art. 6 UE, nella necessaria consapevolezza che "se la tutela dei diritti fondamentali ha carattere imprescindibile nel pilastro comunitario, essa risulta altrettanto indispensabile nel terzo pilastro, settore capace di incidere, per la sua stessa natura e per il contenuto, sul nucleo della libertà personale, che è il presupposto di tutte le altre"<sup>629</sup>.

In apparenza, dunque, sembrerebbe che l'interprete non abbia altra scelta se non interpretare l'art. 54 della Convenzione sulla scorta della giurisprudenza di Strasburgo concernente il *ne bis in idem* e dei principi nazionali in materia di doppio processo. Sennonché, questa interpretazione pare già *prima facie* estremamente problematica. Per quanto concerne il richiamo ai principi costituzionali, a parte il fatto che non tutti gli Stati membri accordano al *ne bis in idem* rilevanza costituzionale, un principio realmente comune a tutti gli ordinamenti non sembra esistere; con riferimento alla CEDU, poi, è noto come la Corte di Strasburgo, nella sua interpretazione del *ne bis in idem* sostanziale e processuale sancito dal Protocollo integrativo n. 7, faccia leva sul criterio di specialità tra fattispecie astratte<sup>630</sup>, che è un criterio intrasistematico, che si basa sull'unitarietà dell'ordinamento giuridico e quindi di difficile applicazione con riferimento all'art. 54 CAAS. Insomma, per dirla con l'Avvocato generale Sharpston, "purtroppo, il campo di applicazione dell'art. 4 del Protocollo n. 7 della CEDU è espressamente limitato a un contesto interno (cioè quello di ciascuno Stato firmatario del Protocollo) [...] per tale motivo, in definitiva, né il testo attuale, né l'interpretazione datane dalla Corte europea dei diritti dell'uomo

---

<sup>629</sup> Avvocato generale Colomer, Conclusioni presentate nella causa C-303/05 (*Advocaten voor de Wereld VZW contro Leden van de Ministerraad*), cit., para. 79.

<sup>630</sup> Cfr. *supra*, cap. I, para 9.2.

può fornire orientamenti circa la corretta interpretazione dell'art. 54 della CAAS. Lo stesso vale per l'art. 14, n. 7. del Patto internazionale sui diritti civili e politici, anch'esso inteso ad essere applicato all'interno di ogni singolo Stato firmatario"<sup>631</sup>.

Di fronte a queste difficoltà pratiche ed all'*impasse* che ne deriva, l'unica soluzione plausibile per conciliare l'art. 54 CAAS con l'art. 6 del Trattato dell'Unione pare essere un richiamo alla *ratio* di quest'ultima norma. Ebbene, così impostato il problema, pare che dedurre da questa norma l'obbligo di interpretare il *ne bis in idem* sancito dalla Convenzione alla stregua di parametri elaborati con riferimento al divieto di doppio processo all'interno di uno stesso ordinamento, pare non solo profondamente irrazionale, poiché è la stessa funzione del *ne bis in idem* che cambia una volta che il principio è trasposto sul piano sovranazionale, ma anche, in ultima analisi, iniquo. Così facendo, infatti, si finisce per trattare in maniera eguale situazioni profondamente diverse, in assenza di una ragionevole giustificazione, e dunque in violazione del fondamentale principio di eguaglianza che si impone anche a livello comunitario<sup>632</sup>.

## **5. La questione dell'unitarietà o pluralità della nozione di *idem* nel diritto dell'Unione**

Secondo un'autorevole opinione, esclusa la possibilità di richiamarsi alle norme della CEDU, resta ferma la necessità di interpretare l'art. 54 CAAS in modo conforme al principio del *ne bis in idem* elaborato dalla Corte di Giustizia, a partire dagli anni '70, nel settore della concorrenza e quindi nei rapporti tra Stati membri e Commissione europea. Com'è noto, infatti, la Corte del Lussemburgo fin dagli anni '70 ha affermato che quello del *ne bis in idem* costituisce un principio fondamentale del diritto comunitario che vieta, in materia di concorrenza, che un'impresa venga *condannata* o *perseguita* un'altra volta per un comportamento anticoncorrenziale per il quale sia stata sanzionata o dichiarata

---

<sup>631</sup> Avv. generale Sharpston, conclusioni relative alla causa *Gasparini*, nota 76.

<sup>632</sup> Cfr. sentenza della Corte 3 maggio 2007, causa C-303/05, cit., para. 56: "occorre rilevare che il principio di uguaglianza e di non discriminazione impone che situazioni analoghe non siano trattate in maniera diversa e che situazioni diverse non siano trattate in maniera uguale, a meno che tale trattamento non sia obiettivamente giustificato". Sul punto, cfr. anche sentenza 26 ottobre 2006, causa C-248/04, *Koninklijke Coöperatie Cosun*, para. 72 e giurisprudenza citata.



non responsabile in forza di una precedente decisione non impugnabile<sup>633</sup>; per quanto concerne l'ampiezza della garanzia, poi, i giudici del Lussemburgo hanno subordinato l'applicazione del divieto alla triplice condizione di "identità dei fatti, di unità del contravventore e di unità dell'interesse giuridico tutelato"<sup>634</sup>.

Ebbene, alla luce di questa giurisprudenza, si è autorevolmente sostenuto che "il principio del *ne bis in idem*, secondo logica, non può essere sostanzialmente diverso a seconda che si applichi ai sensi dell'art. 54 CAAS o quale principio fondamentale del diritto comunitario"<sup>635</sup>. In questa prospettiva, dunque, la nozione di "idem" elaborata dalla Corte nel decidere la legittimità di un secondo giudizio per la medesima violazione delle regole sulla concorrenza potrebbe – *rectius*, dovrebbe – essere trasferita di peso in materia penale, ogni volta in cui viene in gioco un problema di *bis in idem* disciplinato dalla Convenzione di Applicazione dell'Accordo di Schengen. Ed infatti, secondo uno degli Avvocati generali della Corte di Giustizia, l'interpretazione del *ne bis in idem* dev'essere la stessa in tutti i settori del diritto comunitario<sup>636</sup>: tale principio "secondo logica, non può essere sostanzialmente diverso a seconda che si applichi ai sensi dell'art. 54 della CAAS o quale principio fondamentale del diritto comunitario" per cui "occorre conciliare questi due casi"<sup>637</sup>.

Ci si propone pertanto di indagare la portata delle pronunce della Corte di giustizia in materia di concorrenza e di valutare l'opportunità di aderire a tale concezione "unitaria" del *ne bis in idem*, in forza del quale il divieto di doppio processo avrebbe la stessa ampiezza nel Primo e nel Terzo Pilastro dell'Unione.

### **5.1. Il *ne bis in idem* nella giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di concorrenza**

---

<sup>633</sup> Cfr., la sentenza della CGCE 15 ottobre 2002, cause riunite C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, da C-250/99 P a C-252/99 P, e C-254/99 P, *Limburgse Vinyl Maatschappij e a./Commissione* (Racc. pag. I-8375), punto 59.

<sup>634</sup> Sentenza 7 gennaio 2004, cause riunite C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P e C-219/00 P, *Aalborg Portland e a./Commissione*, detta "Cemento". Sull'applicazione del *ne bis in idem* con riferimento alla violazione delle regole comunitarie sulla concorrenza, cfr., per tutti, T. LIEBAU, "Ne bis in idem" in *Europa*, Wien, 2005, in particolare 131 ss.

<sup>635</sup> Così l'Avv. gen. Sharpston nelle sue conclusioni relative alla causa *Gasparini*, punto 156.

<sup>636</sup> Avvocato generale Sharpston, Conclusioni nella causa *Gasparini*, cit., punto 101.

<sup>637</sup> Avvocato generale Sharpston, Conclusioni nella causa *Gasparini*, cit., punto 156.

La prima pronuncia della Corte di giustizia concernente l'applicabilità del principio del *ne bis in idem* nei rapporti tra ordinamento comunitario e Stati membri risale alla fine degli anni Sessanta, in un caso concernente due procedimenti in materia di concorrenza, l'uno instaurato da parte della Commissione, l'altro dalle autorità nazionali competenti in materia di intese<sup>638</sup>. In questa circostanza la Corte, statuendo per la prima volta sulla portata del principio in discorso quando l'azione repressiva ha luogo in ordinamenti diversi<sup>639</sup>, ha affermato che “la possibilità di un cumulo di sanzioni non è tale da escludere l'eventualità di due procedimenti paralleli che perseguono scopi distinti” e “l'ammissibilità di un duplice procedimento si desume dal sistema specifico di ripartizione delle competenze tra Comunità e Stati membri nel campo delle intese”; tuttavia, prosegue la Corte, “se [...] la possibilità di un duplice procedimento dovesse implicare una doppia sanzione, un'esigenza generale di equità, che del resto trova espressione all'art. 90, n. 2, ultima parte, del trattato CECA, implica che si tenga conto, nel determinare la sanzione, delle decisioni repressive anteriori”<sup>640</sup>.

In questa prima pronuncia, dunque, da un lato non si riconosce alcuna valenza al c.d. *ne bis in idem* processuale, poiché l'ammissibilità di un secondo giudizio sui medesimi fatti è diretta conseguenza dalla concorrenza di giurisdizioni, degli Stati e della Comunità, che caratterizza questo settore del diritto<sup>641</sup>; dall'altro, in

---

<sup>638</sup> Sentenza 13 febbraio 1969, causa 14/68, *Walt Wilhelm e a.* (Racc. p. 1). Cfr. anche la sentenza 15 luglio 1970, causa 45/69, *Boehringer Mannheim/Commissione* (Racc. p. 769); sentenza 14 dicembre 1972, causa 7/72, *Boehringer Mannheim/Commissione*, detta “Boehringer II” (Racc. p. 1281), nonché le conclusioni presentate in quell'occasione dall'avvocato generale Mayras il 29 novembre 1972.

<sup>639</sup> La prima applicazione del principio del *ne bis in idem* da parte dei giudici comunitari risale invero al 1966, quando la Corte si è pronunciata sull'ammissibilità dello svolgimento di due procedimenti disciplinari, aventi ad oggetto i medesimi fatti, a carico di un funzionario della CEEA; peraltro, tale importante sentenza (Corte di giustizia, 5 maggio 1966, cause riunite 18/65 e 35/65, *Gutmann/Commissione CEEA*, Racc. p. 141), che per prima ha riconosciuto a livello comunitario il *ne bis in idem* nella sua portata sostanziale e processuale, riguardava un caso in cui la duplice azione repressiva si verificava all'interno di un unico sistema giuridico. Sul punto, cfr. anche le conclusioni dell'avvocato generale Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer presentate il 19 settembre 2002 relative alle cause C-187/01 (*Gözütok*) e C-385/01 (*Brügge*), punto 51 e ss.

<sup>640</sup> Sentenza *Walt Wilhelm e a.*, cit., punti 11 e ss.

<sup>641</sup> Per quanto concerne le competenze concorrenti dei giudici nazionali e della Commissione per l'applicazione degli artt. 81, n. 1 e 82 del Trattato CE (prima artt. 85, n. 1 e 86 del Trattato CEE), cfr. la nota sentenza 28 febbraio 1991, *Delimitis*, causa C-234/89 (Racc. pp. I-935) e la più recente sentenza 14 dicembre 2000, *Masterfoods Ltd/HB Ice Cream Ltd*, causa C-344/98 (Racc. pp. I-11369), in particolare punti 45 e ss.; cfr. anche la comunicazione della Commissione 93/C 39/05,

una logica dichiaratamente equitativa, si fa spazio al c.d. principio di compensazione o *Anrechnungsprinzip*. Neppure il *ne bis in idem* sostanziale sembra dunque trovare un decisivo spazio applicativo nella prima giurisprudenza comunitaria, se non nella forma, piuttosto vaga, di una sorta di “concessione” a superiori istanze di giustizia, che impongono di “prendere in considerazione” la prima sentenza<sup>642</sup>, in modo del tutto analogo a quanto a livello nazionale avviene attraverso il riconoscimento del giudicato estero ai fini del *ne bis in idem* c.d. esecutivo<sup>643</sup>.

Ebbene, i grandi cambiamenti che dal tempo di queste prime sentenze hanno investito l'intero sistema comunitario, fino a giungere all'attuale configurazione dell'Unione europea, non sembrano aver inciso molto sulla portata del *ne bis in idem* in materia di concorrenza; questo, piuttosto, assume oggi nella giurisprudenza comunitaria le stesse fattezze che la Corte di giustizia aveva ravvisato quasi quarant'anni fa. Il sostanziale immobilismo del principio, che quasi sorprende a fronte della straordinaria mutevolezza cui ci ha abituati il diritto comunitario, trova una plausibile spiegazione nella circostanza che le ragioni di fondo che avevano indotto la Corte a quelle prime pronunce sono rimaste immutate e consistono, oggi come ieri, nel fatto che solo la Commissione può – e vuole – decidere degli effetti che le intese limitative della concorrenza producono sul mercato comune<sup>644</sup>.

Sennonché, tale constatazione sembra trovare una secca smentita nelle più recenti sentenze della Corte del Lussemburgo, dove si sostiene che “il principio *ne bis in idem*, principio fondamentale del diritto comunitario, sancito peraltro dall'art. 4, n. 1, del Protocollo n. 7 della CEDU, vieta, in materia di concorrenza,

---

relativa alla cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione nell'applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato CEE (GU 1993, C 39, p. 6).

<sup>642</sup> Cfr. M. PRALUS, *Etude en droit pénal international*, cit., 558, secondo il quale “ce n'était pas “l'application de la règle non bis in idem que retenait la Cour de justice, mais du moins une sorte de diminutif de celle-ci”, ou plutôt, même, que c'est le principe de proportionnalité qui est ainsi consacré”.

<sup>643</sup> Cfr. ad esempio, l'art. 138 c.p. italiano.

<sup>644</sup> “Se un caso esaminato da un'autorità nazionale “può costituire” oggetto di una decisione della Commissione, ciò significa, per la Commissione, ch'essa conserva ogni facoltà di agire riguardo a situazione già esaminate da un'autorità nazionale. È chiaro, per la Commissione, che l'azione di un'autorità nazionale in materia di concorrenza non può spogiarla dei poteri che le spettano a norma dell'art. 89 del Trattato CEE”, Sentenza del Tribunale di primo grado (I sez.) del 6 aprile 1995, *Sotralentz contro Commissione delle Comunità europee* (Causa T-149/89), punto 24.

che un'impresa venga *condannata* o *perseguita* un'altra volta per un comportamento anticoncorrenziale per il quale sia stata sanzionata o dichiarata non responsabile in forza di una precedente decisione non impugnabile”<sup>645</sup>. Piena affermazione, dunque, tanto del *ne bis in idem* sostanziale che di quello processuale. E tuttavia, proprio l'esame della giurisprudenza comunitaria in materia di concorrenza induce a ritenere che il riconoscimento del principio ad opera della Corte altro non sia, alla prova dei fatti, che “un sonoro e maestoso niente”<sup>646</sup>; tale riconoscimento, infatti, se da un lato non ha portato a nessuna conseguenza di rilievo sul piano pratico-applicativo, dall'altro è latore di una serie di equivoci ed aporie in una materia già sufficientemente complessa.

Più precisamente, per quanto concerne il *ne bis in idem* processuale, questo, nella ricostruzione fattane dalla Corte di giustizia, pare costituire poco più che un'appendice dell'omonimo principio sostanziale, essenzialmente volto ad evitare, in via anticipata, la possibilità di un cumulo di sanzioni<sup>647</sup>. Il motivo della sostanziale inoperatività del *ne bis in idem* processuale in materia di concorrenza sembra consistere nel fatto che, nei rapporti tra Stati membri e Comunità, non si ravvisa alcuna delle esigenze che ne costituiscono il tradizionale fondamento. In particolare, per quanto concerne la certezza del diritto, questa a livello comunitario è già efficacemente garantita – *rectius* sostituita – dall'obbligo di leale cooperazione degli Stati con la Comunità e dalla c.d. primazia del diritto comunitario. Ed invero, mentre da una parte è esclusa in radice qualunque possibilità di un conflitto pratico (e teorico) tra giudicati, poiché i giudici nazionali non solo non possono adottare decisioni contrastanti con quelle della Commissione, ma quando si pronunciano su accordi o pratiche che possono costituire ancora oggetto di decisione da parte dell'organo comunitario, non possono prendere decisioni incompatibili con quelle che la Commissione intende adottare<sup>648</sup>; dall'altra, la Commissione, al fine di svolgere il ruolo assegnatole dal Trattato, ha *sempre* il diritto di adottare decisioni individuali per l'applicazione

---

<sup>645</sup> Sentenza 15 ottobre 2002, *Vinyl Maatschappij*, cit., punto 59, corsivi aggiunti.

<sup>646</sup> La citazione di Giacomo Leopardi è di F. ANTOLISEI (*Sul concorso apparente di norme*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1948, 8). In particolare, ricorre nella critica compiuta dall'Autore sulla rilevanza del c.d. principio di consunzione nel concorso apparente di norme.

<sup>647</sup> Cfr., fra le tante, la sentenza *Vinyl Maatschappij*, cit., 61 ss.

<sup>648</sup> Cfr. sentenza 14 dicembre 2000, *Masterfoods*, cit., punti 51 e ss. e giurisprudenza *ivi* richiamata.

degli art. 81, n.1 ed 82 del Trattato CE<sup>649</sup>, anche qualora un accordo od una pratica sia stato già oggetto di una decisione nazionale e la prevista decisione della Commissione sia in contrasto con quest'ultima<sup>650</sup>. Ne deriva che, per lo meno nei rapporti “discendenti” tra Commissione e Stati membri – ma la questione, nonostante il diverso fondamento, non pare cambiare di molto laddove la prima pronuncia è quella comunitaria<sup>651</sup> – non resta alcuno spazio operativo al *ne bis in idem* processuale, destinato ad arretrare dinanzi alla superiore esigenza dell'attuazione uniforme della politica comunitaria della concorrenza, di cui è responsabile la Commissione ai sensi dell'art. 85, n. 1 del Trattato CE.

Oltre a ciò, a rendere meno urgente il riconoscimento del *ne bis in idem* processuale in questo settore concorre un altro fattore, anch'esso derivante dalla peculiare natura dei procedimenti in discorso, e cioè la circostanza che le sanzioni in materia di concorrenza non hanno natura penale e sono rivolte ad imprese. Peraltro, la minore afflittività che distingue le sanzioni amministrative da quelle penali<sup>652</sup> ed il fatto che le persone giuridiche siano incapaci di quella sofferenza *fisica e psicologica* e dell'insicurezza derivante dalla possibilità di una continua reiterazione dei giudizi, se è un ulteriore motivo dell'inoperatività del principio in esame, non toglie che un efficace coordinamento tra le due giurisdizioni nelle materie di competenza concorrente, volto ad evitare tutte le difficoltà connesse ad un secondo processo, sarebbe pienamente auspicabile.

Guardando adesso al principio del *ne bis in idem* sostanziale, la Corte del Lussemburgo ha più volte affermato che la sua applicazione é subordinata alla triplice condizione di “identità dei fatti, di unità del contravventore e di unità

---

<sup>649</sup> Tali articoli, com'è noto, corrispondono agli artt. 85, n. 1 e 86 del Trattato CEE.

<sup>650</sup> Cfr. sentenza 14 dicembre 2000, *Masterfoods*, cit., punti 48 e ss. e giurisprudenza *ivi* richiamata.

<sup>651</sup> La ragione per cui i giudici nazionali rimangono competenti ad applicare gli artt. 81.1 ed 82 del Trattato anche dopo che la Commissione ha instaurato un procedimento sui medesimi fatti, si rinviene nella circostanza che le disposizioni del Trattato producono effetti diretti nei rapporti tra i singoli ed attribuiscono direttamente agli interessati diritti che i giudici nazionali devono tutelare. Cfr., sentenza 30 gennaio 1974, *BRT*, causa 127/73, detta “BRT I”, Racc. p. 51, e sentenza 14 dicembre 2000, *Masterfoods Ltd/HB Ice Cream Ltd*, causa C-344/98 (Racc. pp. I-11369), punto 47.

<sup>652</sup> E' questa la ragione per cui molti ordinamenti prevedono l'ammissibilità di un secondo giudizio penale successivo ad un giudizio di natura amministrativa. Cfr. ad esempio la relazione di A. KLIP-H. VAN DER WILT con riferimento al sistema olandese, in *Revue internationale de droit pénal*, 2002, vol. 73, 1091 ss.

dell'interesse giuridico tutelato"<sup>653</sup>; parimenti costante è il riferimento, per la determinazione della "identità dei fatti", all'oggetto dell'intesa violatrice delle regole sulla concorrenza<sup>654</sup>. Sennonché, come accennato, a fronte di quest'ampio riconoscimento del principio, la Corte adotta poi un'interpretazione del requisito della "unità dell'interesse giuridico tutelato" che finisce per condurre alla sostanziale inefficacia della regola del *ne bis in idem* sostanziale nel settore della concorrenza.

In particolare, nelle più recenti sentenze si è affermato che il principio del *ne bis in idem* sostanziale non osta alla duplicità di sanzioni per un medesimo fatto, l'una da parte dell'autorità competente dello Stato membro in questione, l'altra comunitaria, "nei limiti in cui i suddetti procedimenti perseguono fini diversi e le norme violate non siano identiche"<sup>655</sup>. Tralasciando la questione relativa all'identità delle norme violate, che, pur rappresentando una novità nel panorama giurisprudenziale comunitario, non sembra cambiare la sostanza del discorso, trattandosi di una condizione applicativa comunque "aggiuntiva" ed "ulteriore", ciò che desta le maggiori perplessità è l'equiparazione – questa sì costante – operata tra interesse giuridico tutelato dalla norma e scopo del processo<sup>656</sup>. Ed infatti, una volta compiuta questa equiparazione, la soluzione è obbligata nel senso di non ammettere mai una violazione del principio in discorso, poiché la diversità degli scopi cui mira la Commissione e quelli propri delle autorità nazionali è *in re ipsa*, costituendo il presupposto della stessa concorrenza di giurisdizioni. E tuttavia, dedurre l'ammissibilità di una duplice sanzione per il medesimo comportamento dal fatto che l'art. 81 del Trattato CE considera le intese sotto il profilo degli ostacoli che ne possono conseguire per il commercio fra gli Stati membri, mentre le legislazioni nazionali, ispirandosi a considerazioni proprie di ciascuno Stato, considerano le intese in un ambito più ristretto<sup>657</sup>, significa ignorare che le legislazioni nazionali in tema di concorrenza devono

---

<sup>653</sup> Sentenza 7 gennaio 2004, *Aalborg Portland e a./Commissione*, cit., punto 338.

<sup>654</sup> Cfr., da ultimo, sentenza 7 gennaio 2004, *Aalborg Portland e a./Commissione*, cit., punto 339.

<sup>655</sup> Sentenza del Tribunale (Terza Sezione), 27 settembre 2006, *Roquette Frères SA/Commissione delle Comunità europee*, causa T-322/01, punto 280.

<sup>656</sup> Cfr. sentenze della Corte 13 febbraio 1969, *Wilhelm e a*, cit., punto 11 e *Boehringer/Commissione*, cit., punto 3; sentenze del Tribunale 6 aprile 1995, causa T-141/89, *Tréfileurope/Commissione*, Racc. pp. II-791, punto 151, e causa T-149/89, *Sotralentz/Commissione*, Racc. pp. II-1127, punto 29.

<sup>657</sup> Cfr. sentenze della Corte 13 febbraio 1969, *Wilhelm e a*, cit., punto 3.

rappresentare la corretta trasposizione delle disposizioni contenute negli artt. 81 ed 82 CE, come sviluppate dal diritto derivato<sup>658</sup>.

Proprio questa considerazione, porterebbe invece a ravvisare nella maggioranza delle ipotesi “l’unità dell’interesse giuridico tutelato”, da intendersi non come scopo astratto del processo, ma, più correttamente, come bene giuridico tutelato dalle norme comunitarie e nazionali<sup>659</sup>, che generalmente è il medesimo poiché entrambi i settori normativi sono orientati alla tutela di una concorrenza libera e aperta nel mercato comune, nella sua interezza, nel primo caso, nelle sue varie componenti, nel secondo<sup>660</sup>.

Nonostante le molte critiche che si possono muovere all’interpretazione data dalla Corte al principio del *ne bis in idem* nel settore della concorrenza, resta comunque il fatto che, ad oggi, l’unica regola veramente rilevante in materia sia il c.d. *Anrechnungsprinzip*. Ed invero, separato il grano dal loglio, l’unico dato assolutamente certo è che la Commissione, nel commisurare l’ammenda, deve tenere conto delle sanzioni già irrogate all’impresa per il medesimo fatto, qualora si tratti di sanzioni inflitte per la violazione del diritto delle intese di uno Stato membro e, quindi, per fatti avvenuti nel territorio comunitario<sup>661</sup>; di contro, nessun obbligo del genere sussiste allorché si tratti di fatti sanzionati da autorità di Stati terzi<sup>662</sup>.

---

<sup>658</sup> Cfr. Conclusioni dell’avvocato generale Colomer presentate l’11 febbraio 2003 nella causa *Buzzi Unicem Spa/Commissione*, causa C-217/00 P, punto 173.

<sup>659</sup> Questo pare del resto riconosciuto dalla stessa Corte, che in alcune sentenze ha affermato che il *ne bis in idem* “vieta di sanzionare lo stesso soggetto più di una volta per un medesimo comportamento illecito, al fine di tutelare lo stesso bene giuridico”. Cfr. la sentenza del 7 gennaio 2004, cause riunite C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, *Aalborg Portland e a./Commissione* (Racc. p. I-123, detta “Cemento”), punto 338. Cfr., da ultimo, la sentenza del tribunale (III sez.) del 27 settembre 2006, causa T-322/01, *Moquette Frères SA/Commissione delle Comunità europee*.

<sup>660</sup> Cfr. Conclusioni Colomer nella causa *Buzzi Unicem*, cit., punti 173 e ss.

<sup>661</sup> Cfr. sentenza del Tribunale (III sez.), *Roquette Frères/Commissione*, cit., punto 279; si v. anche sentenze della Corte 13 febbraio 1969, *Wilhelm e a*, cit., punto 11 e *Boehringer/Commissione*, cit., punto 3; sentenze del Tribunale 6 aprile 1995, causa T-141/89, *Tréfileurope/Commissione*, Racc. pp. II-791, punto 151, e causa T-149/89, *Sotralentz/Commissione*, Racc. pp. II-1127, punto 29. Per la rilevanza del principio di compensazione con riguardo alle pronunce nazionali, cfr. M. PRALUS, *Etude en droit pénal international*, cit., 558 e dottrina *ivi* richiamata.

<sup>662</sup> Per quanto concerne le sanzioni irrogate dalle autorità di uno Stato terzo, la Corte non ha ancora deciso se la Commissione sia tenuta a “prenderle in considerazione”, ritenendo comunque che la condizione preliminare per poter sollevare tale questione sia l’identità dei fatti oggetto dei due processi. Cfr., tra le molte, la sentenza 29 giugno 2006, *Showa Denko KK/Commissione*, cit., ed il commento di A. CORRADO, *Nessun Paese è obbligato a considerare le condanne inflitte fuori dai suoi confini*, in *Guida dir.*, n. 28/2006, p. 111 ss. Si v. anche le Conclusioni dell’avvocato generale

## **5.2. La scarsa plausibilità dell'individuazione dei presupposti applicativi dell'art. 54 CAAS alla luce dei principi elaborati dalla Corte di Giustizia nel settore della concorrenza**

Come accennato in precedenza, secondo un'autorevole opinione l'interpretazione del *ne bis in idem* dev'essere la stessa in tutti i settori del diritto comunitario<sup>663</sup>; in particolare, si dice, posto che tale principio non può essere sostanzialmente diverso a seconda che si applichi ai sensi dell'art. 54 della CAAS o quale principio fondamentale del diritto comunitario elaborato in materia di concorrenza, occorre conciliare questi due casi<sup>664</sup>. Sennonché, questa “conciliazione”, pur autorevolmente auspicata, se da un lato è solo apparente, risolvendosi piuttosto nell'individuazione delle ragioni che stanno alla base della differenza dei presupposti applicativi del *ne bis in idem* nei diversi settori del diritto dell'Unione in cui viene in gioco, dall'altro, nella parte in cui mira ad un'interpretazione dell'art. 54 CAAS condotta sulla scorta dell'applicazione, in via analogica, di regole elaborate altrove, pare anche poco coerente. In particolare, le obiezioni che possono muoversi a questa lettura “unitaria” del principio sono riconducibili a tre ordini di motivi.

In primo luogo, l'Avvocato generale, muovendo dall'idea che l'applicazione del *ne bis in idem* nel settore della concorrenza avvenga “in un contesto strettamente sopranazionale e con riguardo a un *unico* ordinamento giuridico disciplinato da un insieme *uniforme* di norme”, per cui l'interesse giuridico tutelato è per definizione unitario<sup>665</sup>, giunge a conclusioni quantomeno opinabili. Infatti, a prescindere dalla correttezza delle premesse, sembra illogico dedurre da queste che è del tutto “ragionevole che, in tale contesto ‘unitario’ la Corte imponga l'esistenza di una ‘unità dell'interesse giuridico tutelato’ quale condizione di applicazione del principio”, mentre una tale esigenza non sussiste nell'ipotesi in cui lo stesso principio si applica all'interno di una pluralità di ordinamenti. Ed invero, delle due l'una: o tale unità del bene tutelato esiste

---

Sharpston, presentate il 5 dicembre 2006, nel procedimento contro Norma Kraaijenbrink, causa C-367/05, punto 59 e ss.

<sup>663</sup> Avvocato generale Sharpston, Conclusioni nella causa *Gasparini*, cit., punto 101.

<sup>664</sup> Avvocato generale Sharpston, Conclusioni nella causa *Gasparini*, cit., punto 156.

<sup>665</sup> Avv. gen. Sharpston, *loc. ult.cit.*, punto 157.



sempre in materia di concorrenza – come ritiene l’Avvocato generale – ed allora non si comprende perché la Corte richieda l’esistenza di tale presupposto; oppure tale “identità” deve essere accertata di volta in volta, ed allora non è chiaro perché questa necessità, secondo l’Avvocato generale, non si palesi quando il *ne bis in idem* trova applicazione nei rapporti tra ordinamenti giuridici diversi, come accade nell’ipotesi disciplinata dall’art. 54 CAAS.

In secondo luogo, ciò che si propone è l’utilizzo, come fondamento dell’*analogia juris*, di un principio – il *ne bis in idem* operante in materia di concorrenza nei rapporti tra Stati e Comunità – che esiste solo sulla carta; in altre parole, guardare al *ne bis in idem* affermato dalla Corte di giustizia, significa parlare della sua esistenza soltanto teorica e quindi, sul piano del diritto vigente, della sua sistematica disattesa. Ed allora, non si comprende quale sia la portata del *ne bis in idem* inteso quale “principio fondamentale del diritto comunitario”, la cui applicazione dovrebbe essere estesa in via analogica anche all’art. 54 CAAS; in particolare, se si ritiene, come pare più opportuno alla luce della giurisprudenza del Lussemburgo, che l’unico principio realmente operante nei rapporti tra Stati e Comunità sia il c.d. *Anrechnungsprinzip*, non si vede la possibilità – e ancor prima la ragione – di applicare le medesime regole al *ne bis in idem* processuale sancito dalla Convenzione di Schengen.

Oltre a ciò, anche ritenendo, come sembra fare l’Avvocato generale, che il principio del *ne bis in idem* trovi piena applicazione nei rapporti tra Stati e Comunità nel settore della concorrenza, si tratterebbe comunque di un’interpretazione analogica condotta in assenza dei relativi presupposti, mancando tanto una vera e propria lacuna normativa, quanto l’esigenza di un’identità di disciplina, regolando le norme in discorso situazioni altamente eterogenee<sup>666</sup>. Più precisamente, le considerazioni prima svolte in merito all’applicazione del *ne bis in idem* nei diversi settori di diritto dell’Unione, inducono a ritenere che a livello comunitario il principio in parola, pur reagendo in modo differente alle sollecitazioni provenienti dai diversi contesti in cui viene in gioco, ha un ambito applicativo che dipende essenzialmente dai rapporti tra le norme incriminatrici rilevanti nel caso di specie. Infatti, all’interno del singolo

---

<sup>666</sup> Sul divieto di analogia in materia penale, cfr., nella manualistica, per tutti, F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 136 ss.

Stato, il *ne bis in idem* rappresenta il punto di equilibrio tra istanze punitive e ragioni di garanzia e la Corte di Strasburgo trova la soluzione del contrasto sul piano astratto dei rapporti tra le norme incriminatrici, utilizzando un criterio di tipo “intrasistematico”, il rapporto di specialità, che fa leva sull’unitarietà dell’ordinamento giuridico in questione<sup>667</sup>. Viceversa, laddove sono in gioco più ordinamenti, come accade in materia di concorrenza, la soluzione è ancora cercata sul piano dei rapporti tra le norme, e tuttavia l’appartenenza delle disposizioni in discorso a sistemi giuridici differenti esclude in radice la possibilità di un concorso apparente e l’eventuale conflitto tra norme è risolto dalla Corte di giustizia sulla base della primazia di un ordinamento sull’altro.

Se tutto ciò è vero, non si vede allora la possibilità di applicare le medesime regole laddove, ed è il caso dell’art. 54 CAAS, il *ne bis in idem* non trova applicazione né all’interno di un unico Stato, né nei rapporti tra ordinamenti diversi e tuttavia legati da quella particolare relazione che costituisce l’*unicum* del diritto comunitario. La circostanza che il *ne bis in idem* previsto dalla Convenzione di Schengen dispieghi la sua efficacia nei rapporti tra Stati diversi e sovrani e *al contempo* all’interno dell’unico “spazio giudiziario europeo”, esclude dunque il ricorso tanto al criterio di specialità che a quello di “primazia” ed impone la ricerca di una soluzione conforme alle assolute peculiarità della situazione in esame.

Infine, e soprattutto, il richiamo alla regola del *ne bis in idem* vigente in materia di concorrenza sembra poco razionale dal momento che questo settore appartiene al diritto comunitario mentre il Consiglio ha individuato la base giuridica dell’art. 54 CAAS negli artt. 31 e 34 TUE, che fanno invece parte del titolo VI del medesimo Trattato<sup>668</sup>. La notevole distanza che ancora sussiste tra il sistema propriamente comunitario che caratterizza il Primo pilastro ed il metodo inter-governativo che contrassegna il Terzo Pilastro sconsiglia una trasposizione acritica, nell’esegesi dell’art. 54 CAAS, dei principi elaborati dalla Corte di

---

<sup>667</sup> Cfr. anche H. MOCK, « *Ne bis in idem* » *Une locution dont le sens ne semble pas être la même à Luxembourg qu’à Strasbourg*, in 67 *Rev. trim. dr. h.*, 2006, 643 s.

<sup>668</sup> Si v. la decisione 20 maggio 1999, 1999/436/CE (in *GUCE*, 10 luglio 1999, L 176, 17 ss.) con cui il Consiglio dell’Unione europea, in applicazione dell’art.2, n.1, secondo comma, seconda frase, del Protocollo sull’integrazione dell’*acquis* di Schengen, ha determinato, in conformità delle pertinenti disposizioni del TCE e del TUE, la base giuridica per ciascuna delle disposizioni o decisioni che costituiscono l’*acquis* di Schengen.

giustizia in materia di concorrenza<sup>669</sup>. Del resto, gli stessi sostenitori di una lettura “unitaria” del *ne bis in idem* in tutto il sistema dell’Unione sono costretti a giustificare la diversa posizione recentemente assunta dalla Corte di giustizia nell’esegezi del *ne bis in idem* sancito dall’art. 54 CAAS, mettendo in evidenza la distanza che corre tra il divieto di doppio processo inteso come limite al potere delle istituzioni comunitarie di irrogare sanzioni alle imprese in forza delle norme comunitarie sulla concorrenza e la situazione disciplinata dalla CAAS. In particolare, si è sottolineato come, nel primo caso, il *ne bis in idem* opera “in un contesto strettamente sovranazionale e con riguardo a un *unico* ordinamento giuridico disciplinato da un insieme *uniforme* di norme”<sup>670</sup>, vale a dire le norme comunitarie in materia di concorrenza; nel caso dell’art. 54 CAAS, invece, la preclusione processuale è “espressamente intesa a *non* essere applicata nel contesto di un unico ordinamento giuridico uniforme”<sup>671</sup>. Con il che, non solo si finisce per evidenziare la difformità che esiste tra le due diverse ipotesi di *ne bis in idem*, ma si giustifica una lettura differenziata – piuttosto che unitaria – del divieto di doppio processo nei diversi settori normativi dell’Unione europea.

#### **6. La nozione di “*idem factum*” nell’art. 54 CAAS: le possibili soluzioni ermeneutiche**

Riprendendo le fila del discorso, una volta affermata l’opportunità della elaborazione di una nozione “europea” di *res judicata*, rilevante ai fini della preclusione processuale di cui all’art. 54 CAAS ed indipendente dalle regole sul *ne bis in idem* processuale vigenti nei singoli Stati membri, ed escluso un richiamo automatico alla nozione di “idem” elaborata dalla Corte di Strasburgo e a quella elaborata dalla Corte di giustizia nel settore della concorrenza, si tratta a questo punto di stabilire quale sia il significato da attribuirsi alla locuzione “medesimi fatti” contenuta nell’art. 54 CAAS.

---

<sup>669</sup> A prescindere dalle peculiarità del sistema dell’Unione, già S. BARTOLE (voce *Principi del diritto* [dir. cost.], in *Enc. dir.*, XXXV, 524) alcuni anni orsono evidenziava la paradossalità, se non l’assurdità, della tesi secondo cui i principi generali, proprio in quanto riferiti all’ordinamento, per definizione devono riguardare tutti i settori e tutte le branche dell’ordinamento medesimo.

<sup>670</sup> Avv. gen. Sharpston, nelle conclusioni relative alla causa *Gasparini*, punto 157.

<sup>671</sup> Avv. gen. Sharpston, conclusioni relative alla causa *Gasparini*, punto 158.

Ebbene, l'esperienza comparatistica dimostra che, in mancanza di una presa di posizione del legislatore, lo spazio ermeneutico in cui opera l'interprete nell'esegesi del divieto di doppio processo è segnato dall'alternativa tra una nozione "normativa" di *res judicata*, per cui l'identità del fatto è cercata sul piano astratto delle fattispecie incriminatrici, ed una contrapposta nozione "storico-naturalistica", che pone al centro del giudizio di medesimezza il fatto materiale concretamente realizzatosi<sup>672</sup>. Nel mezzo, una pluralità di soluzioni intermedie, secondo un *middle-of-the-road approach* che si risolve, nella stragrande maggioranza dei casi, nella valorizzazione del bene giuridico leso dal fatto criminoso<sup>673</sup>.

Come ha sottolineato la stessa Corte di giustizia, la medesima dirimente alternativa tra una nozione "normativa" ed una nozione "storico-naturalistica" di *idem* si presenta anche nell'interpretazione del sintagma "medesimi fatti" contenuto nell'art. 54 CAAS. Sennonché, è palese che la scelta a favore di una o dell'altra soluzione ermeneutica si colora, con riferimento al *ne bis in idem* transnazionale, di significati diversi ed ulteriori rispetto a quanto accade a livello nazionale. In questo caso, infatti, non si tratta più soltanto di bilanciare le esigenze di tutela del singolo con le istanze di difesa sociale della collettività<sup>674</sup>, ma è necessario mediare anche tra le pretese sovrane dei singoli Stati, che si manifestano nelle scelte di criminalizzazione e di repressione, anche extraterritoriale, dei reati e quelle dell'Unione europea, che mira alla costruzione di un unico spazio giudiziario dove siano salvaguardati i diritti fondamentali di tutti i cittadini. Cosicché, il problema assolutamente centrale sollevato dall'art. 54

---

<sup>672</sup> Cfr. C. VAN DEN WYNGAERT-G. STESENS, *The international non bis in idem principle*, cit., 788 ss. nonché J. L. DE LA CUESTA, *Concurrent National and International*, cit., 711 s. cui si rinvia anche per i necessari richiami alle legislazioni dei diversi Paesi.

<sup>673</sup> Come evidenzia J. L. DE LA CUESTA, *Concurrent National and International*, cit., 711, il caso forse più noto di combinazione di criteri naturalistici e normativi nell'individuazione dell'*idem factum* è quello olandese; sul punto, cfr. A. KLIP e H. VAN DER WILT, *Non bis in idem*, cit., 1095: "the Dutch approach combines the historical facts with the legal qualification of the crime for which the accused is prosecuted twice. If a second crime based on the same historical facts protects entirely different values, then the accused may not enjoy the protection of Article 68".

<sup>674</sup> Come evidenzia M. SESTA ("*Ne bis in idem*" e concorso formale di reati al vaglio della Corte costituzionale, cit., 184), all'alternativa tra una nozione "naturalistica" di "*idem*" ed una "normativa" corrisponde quella, non meno fondamentale, tra un diritto penale garantista, che "privilegia l'imputato come cittadino che ha il diritto di essere lasciato in pace e non *vessato*, *perseguitato*, o *torturato*" e un diritto penale autoritario, che privilegia l'ordinamento, "il cui diritto alla repressione dei reati viene dilatato sino ad una vera e propria possibilità persecutoria".

CAAS consiste nell'individuare una nozione di *res judicata* coerente con il *deficit* di armonizzazione che ad oggi caratterizza i diversi sistemi penali nazionali. È palese, infatti, che, una volta accolta la soluzione “normativa”, il *ne bis in idem* codificato dalla CAAS sarebbe naturalmente destinato al fallimento e la garanzia offerta dalla preclusione processuale, a fronte della scarsa omogeneità esistente tra le norme incriminatrici vigenti nei singoli Stati, sarebbe pressoché nulla<sup>675</sup>. D'altro canto, se si propende per una nozione “storico-naturalistica” di *idem*, si corre il rischio di favorire un'armonizzazione di fatto delle legislazioni penali nazionali intorno al minimo comune denominatore o, peggio, di avallare fenomeni di *forum shopping*, facendo del divieto di doppio processo una garanzia di impunità del reo<sup>676</sup>; la preclusione processuale giocherebbe insomma a favore di quanti, dopo aver commesso un reato in uno Stato, affrontano il processo in un diverso Paese, dove quel medesimo fatto è penalmente irrilevante o sanzionato meno gravemente.

Stretto tra Scilla e Cariddi, l'interprete scrupoloso potrebbe pensare di mutuare la nozione di “*idem*” rilevante per l'applicazione dell'art. 54 CAAS da altri contesti normativi, guardando all'interpretazione che la Corte di Strasburgo ha dato al divieto di doppio processo sancito dall'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU oppure alla copiosa giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di concorrenza. Ma, come evidenziato in precedenza, nessuna di queste soluzioni sembra ragionevolmente percorribile. Non resta, pertanto, con la dottrina maggioritaria, che guardare agli effetti che l'utilizzo delle “classiche” nozioni di *res judicata*, mutate dall'esperienza dei singoli Stati, determina nell'applicazione del *ne bis in idem* previsto dalla CAAS.

#### **6.1. La nozione “normativa” di *res judicata*: un'*interpretatio abrogans* dell'art. 54 CAAS.**

Come accennato, una prima soluzione ermeneutica consiste nell'adottare una nozione “normativa” di *res judicata* e, pertanto, subordinare l'efficacia della preclusione processuale all'identità di qualificazione giuridica del fatto da parte dei diversi sistemi penali nazionali. Questa interpretazione dell'art. 54 CAAS

---

<sup>675</sup> Cfr. CGCE sentenza *Van Esbroeck*, cit., punto 35; sentenza *Van Straaten*, cit., punto 47.

<sup>676</sup> Sul punto, H. THOMAS, *Das Recht auf Einmaligkeit*, cit., 162 ss.

trova un *pendant* nelle disposizioni contenute in alcune legislazioni nazionali, che, pur riconoscendo in linea di principio l'effetto preclusivo del giudicato estero, lo subordinano ad un giudizio di conformità tra le norme penali applicate dal primo giudice e quelle vigenti in ambito statale.

L'adozione di una nozione normativa di *idem* trova ragione nel fatto che anche il più alto grado di fiducia degli Stati nei rispettivi sistemi penali, non riesce a spiegare come mai uno Stato non possa esercitare la propria giurisdizione laddove l'assenza di una o più fattispecie incriminatrici nell'ordinamento che ha proceduto, dimostra *per tabulas* che il primo giudice non si è pronunciato su tutti gli aspetti criminosi del fatto, rilevanti invece ai sensi delle norme nazionali<sup>677</sup>. In questa prospettiva, dunque, ciò che assume rilevanza dirimente è la piena discrezionalità dei legislatori nazionali nello stabilire i profili di rilevanza penale di un medesimo fatto storico, la stessa discrezionalità nelle scelte di incriminazione, del resto, che induce parte della dottrina a dubitare della plausibilità della concezione solidaristica del diritto internazionale con riferimento ai reati diversi dai crimini internazionali<sup>678</sup>. Non stupisce, pertanto, che la valorizzazione della qualificazione normativa del fatto criminoso si risolva, in sostanza, in un'interpretazione abrogatrice dell'art. 54 CAAS, del tutto in linea con una concezione vetero-positivistica del fenomeno giuridico internazionale. Ed invero, una volta accolta la nozione normativa di *idem*, il divieto di doppio processo non opera sia nei casi in cui le scelte di politica criminale dei singoli Stati divergono in maniera essenziale le une dalle altre – per esempio, per quanto concerne la messa in commercio delle c.d. droghe leggere – sia nelle ipotesi in cui le differenze riguardano soltanto alcuni profili, del tutto secondari, di rilevanza penale del fatto; nonostante il *deficit* di armonizzazione tra i sistemi penali dei Paesi membri dell'Unione non debba essere eccessivamente enfatizzato, le ipotesi in cui le fattispecie

---

<sup>677</sup> Già F. CARRARA nel suo *Programma* indicava, tra i possibili ostacoli alla “influenza della reiudicata estera” la mancanza di previsione penale nella legislazione straniera. Si v. sul punto le osservazioni di M. PISANI, *Francesco Carrara e il ne bis in idem internazionale*, in *Riv. dir. inter.*, 2005, 1022 ss, in particolare, nota 7.

<sup>678</sup> Cfr. P. GAETA, *Il diritto internazionale e la competenza giurisdizionale*, cit., 508, secondo la quale nel caso dei reati di diritto comune “l'impostazione vetero-positivistica può anche apparire convincente, poiché la questione dell'ambito di estensione delle pretese giurisdizionali di uno Stato riguarderebbe unicamente [...] comportamenti individuali cui lo Stato del foro, nel pieno esercizio delle proprie competenze sovrane, ha discrezionalmente attribuito un disvalore di rilevanza penale”.

incriminatrici predisposte dai legislatori nazionali sono identiche rappresenta infatti una rara eccezione piuttosto che la regola.

Inoltre, se si ritiene che l'art. 54 CAAS possa trovare applicazione solo se le scelte incriminatrici degli Stati sono identiche, diventa problematico ammettere il divieto di doppio processo persino nelle ipotesi in cui le fattispecie in gioco si trovano in un rapporto di specialità unilaterale e l'ordinamento che ha proceduto contiene, per avventura, la norma speciale. Ed infatti, da un lato assume rilevanza il tipo ed il *quantum* di sanzione astrattamente applicabile; dall'altro, poiché le norme incriminatrici appartengono a diversi ordinamenti giuridici, diventa oltremodo complesso analizzare i rapporti strutturali esistenti tra di esse, poiché resta una differenza di fondo per quanto concerne i presupposti della responsabilità e tutto quell'insieme di regole e principi riconducibili alla c.d. parte generale del diritto penale. Ma soprattutto, è la *natura transnazionale* del divieto sancito dalla CAAS a rendere poco plausibile l'utilizzo dei classici criteri "strutturali" per decidere dell'esistenza o meno della *res judicata*, criteri che, di contro, vengono in gioco sia per quanto concerne il *ne bis in idem* processuale nazionale<sup>679</sup> sia, secondo alcuni, con riferimento al *ne bis in idem* c.d. estradizionale<sup>680</sup>.

## **6.2. La valorizzazione del bene giuridico leso dal fatto di reato**

Per ovviare agli evidenti limiti della concezione "normativa" di *res judicata*, soprattutto in dottrina si è fatta strada l'idea di subordinare l'applicazione dell'art. 54 CAAS ad un giudizio di identità che avesse ad oggetto non direttamente le fattispecie incriminatrici, ma il bene giuridico tutelato da queste ultime<sup>681</sup>. Alla

---

<sup>679</sup> Per tutti G. LOZZI, *Profili di una indagine sui rapporti tra "ne bis in idem"*, cit., in particolare 81 ss.

<sup>680</sup> Cfr. G. DE FRANCESCO, *Il concetto di "fatto" nella previsione bilaterale*, cit., in partic. 650 ss.

<sup>681</sup> M. BÖSE, *Der Grundsatz "ne bis in idem" in der Europäischen Union*, cit., 762, che ritiene opportuno subordinare l'efficacia della preclusione processuale alla circostanza che "die Handlung und das betroffene Rechtsgut sowie ggf. die Art des Angriffs (z.B. Verletzung oder abstrakte Gefährdung) in beiden Tatbeständen im Wesentlichen identisch sind". In senso parzialmente difforme K. AMBOS, *Internationales Strafrecht*, München, 2006, 437 s. e G. DANNECKER, *Die Garantie des Grundsatzes „ne bis in idem“ in Europa*, in *Festschrift für G. Kohlman zum 70. Geburtstag*, a cura di H.-J. Hirsch, J. Wolter, U. Brauns, Köln, 2003, 603 s. Si v. anche E. SELVAGGI, *Il principio del ne bis in idem in ambito europeo (Unione europea)*, in *Cass pen.*, 2003, 1696: "Il principio del *ne bis in idem* implica la coesistenza di tre elementi: identità del fatto, identità dell'agente, identità del valore giuridico protetto. Questa dovrebbe essere la base di partenza". Cfr. inoltre la sentenza della CGCE *Kretzinger*, cit., punto 32, dove si legge che "i

luce di questa impostazione ermeneutica, pertanto, il divieto di doppio processo opera se e quando il secondo processo è instaurato per accertare la lesione o la messa in pericolo dello stesso bene o interesse che costituisce l'oggetto giuridico delle norme applicate dal primo giudice. Questa soluzione presenta l'indubbio vantaggio di aprire la porta al diritto "vivente" di applicazione giurisprudenziale e di superare le aporie cui condurrebbe un raffronto tra fattispecie astratte del tutto svincolato da un riferimento alle ragioni più profonde che hanno condotto i singoli legislatori ad introdurre una determinata ipotesi criminosa; ed invero, nulla toglie che norme anche molto diverse tra di loro siano volte alla tutela dei medesimi beni e che la presenza o meno di un determinato elemento essenziale del reato sia il retaggio di una particolare tradizione normativa piuttosto che il segno di scelte di politica criminale del tutto eterogenee da quelle compiute da altri Stati. Ma soprattutto, per questa via è possibile cogliere la dimensione offensiva dei fatti criminosi in una chiave veramente "europea" e valorizzare la dimensione transnazionale della preclusione processuale sancita dalla CAAS; così, per richiamare i classici esempi dell'esportazione di droga da uno Stato e della sua contestuale importazione in un altro, o del contrabbando di merci attraverso le frontiere di più Paesi, nessuno potrebbe davvero dubitare dell'esistenza di un "medesimo fatto" ai sensi dell'art. 54 CAAS, poiché il bene leso, nell'ottica dell'Unione europea, sarebbe uno ed uno soltanto. Del resto, com'è stato autorevolmente sostenuto "è sarcastico parlare di importazione ed esportazione in un ambito territoriale in cui vige un ordinamento giuridico che in sé tende ad abbattere le frontiere sia per le persone sia per i beni"<sup>682</sup>.

Inoltre, se è indubitabile che, come sottolineato alcuni lustri fa dalla Corte costituzionale italiana, esiste un nesso forte ed indissolubile tra "una certa unità di disciplina giuridica e [...] un'unità ed una comune efficacia di decisioni giudiziarie"<sup>683</sup>, questo non significa che l'attribuzione di efficacia preclusiva alla sentenza straniera debba essere necessariamente subordinata ad un giudizio di

---

governi tedesco e spagnolo hanno sostenuto all'udienza [...] che il criterio basato sull'identità dei fatti materiali deve essere applicato in modo da consentire ai giudici nazionali competenti di prendere in considerazione anche l'interesse giuridico tutelato nella valutazione di un insieme di circostanze concrete".

<sup>682</sup> Avv. gen. Colomer nelle conclusioni relative alla causa *Van Esbroeck*, punto 52.

<sup>683</sup> Corte cost. n. 48/1967, cit.; cfr. anche G. LUTHER, *Profili internazionalistici in due recenti sentenze della Corte Costituzionale italiana*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1968, 356 ss.



identità tra fattispecie incriminatrici astratte; quello che sembra necessario, piuttosto, è che gli Stati adottino valutazioni simili nel trattamento di determinate ipotesi criminose, che non possono non risolversi nella predeterminazione di una disciplina giuridica quantomeno analoga e dunque nella tutela del medesimo bene giuridico. Né, d'altra parte, sembra del tutto vero, come invece ritiene la Corte di giustizia, che l'adozione del criterio del bene giuridico condurrebbe alla sostanziale inoperatività dell'art. 54 CAAS<sup>684</sup>; al contrario, le scelte di politica criminale degli Stati, seppure spesso differenti tra loro per alcuni profili essenziali, il più delle volte convergono nella tutela di alcuni beni giuridici, non solo primari, quali la vita e l'integrità fisica, ma anche di quelli caratterizzati da un maggiore tasso di "artificialità", come ad esempio la fede pubblica<sup>685</sup>.

Sennonché, nonostante i molti pregi, sembra che questa impostazione ermeneutica non possa ragionevolmente essere indicata come linea-guida per l'interpretazione dell'art. 54 CAAS. Da una parte, infatti, si pongono i noti problemi del c.d. circolo chiuso interpretativo, per cui la differenza fra gli elementi essenziali del reato implicherebbe, necessariamente, una diversità di oggetto giuridico; dall'altra, e soprattutto, sembra difficile ancorare la preclusione processuale prevista dalla CAAS, con il suo pesante bagaglio di garanzie fondamentali della persona, ad un concetto così notoriamente scivoloso ed ambiguo come quello del bene giuridico leso dal fatto di reato.

### **6.3. La nozione "storico-naturalistica" di *res judicata*: l'interpretazione dell'art. 54 CAAS accolta dalla Corte di Giustizia**

L'ultima possibilità, che è poi quella fatta propria dai giudici del Lussemburgo, consiste nell'accogliere una nozione "storico-naturalistica" di *res judicata* e quindi, per dirla con la Corte, ritenere che ai sensi dell'art. 54 CAAS due processi hanno ad oggetto "i medesimi fatti" quando "i fatti materiali di cui trattasi costituiscono un insieme di fatti inscindibilmente collegati nel tempo,

---

<sup>684</sup> Sentenza *Van Esbroeck*, cit., punto 35; sentenza 28 settembre 2006, C-150/05, *Van Straaten*, punto 47; sentenza *Kretzinger*, cit., punto 33 e s.

<sup>685</sup> Cfr. F. DEAN, *Norma penale e territorio*, Milano, 1963, 39, che sottolinea come "il carattere esclusivo dell'ordinamento coesiste armonicamente col carattere universale delle norme penali, almeno nel senso che l'esclusività attiene alle fonti e non anche agli interessi tutelati ed ai limiti del rilievo penale dei singoli comportamenti".

nello spazio nonché per oggetto”<sup>686</sup>; in questa prospettiva, pertanto, la preclusione processuale opera sul presupposto della “identità dei fatti materiali, intesi come esistenza di un insieme di *circostanze concrete* inscindibilmente collegate tra loro”<sup>687</sup>, indipendentemente dalla qualificazione giuridica di tali fatti o dall’interesse tutelato<sup>688</sup>.

Le ragioni che hanno condotto all’adozione di questa nozione amplissima di *res judicata* – peraltro in linea con alcune proposte normative emerse a livello europeo<sup>689</sup> – sono esplicitate dalla stessa Corte di giustizia e consistono, da un lato, nella fiducia reciproca che esiste tra gli Stati parte della Convenzione; dall’altro, nell’individuazione della *ratio* dell’art. 54 CAAS nella tutela del diritto alla libera circolazione delle persone nello spazio Schengen. Ed invero, afferma la Corte, il principio del *ne bis in idem* sancito dall’art. 54 CAAS *implica necessariamente* l’esistenza di una fiducia reciproca degli Stati nei rispettivi sistemi di giustizia penale, tale che ciascuno di essi accetti l’applicazione del diritto penale vigente negli altri Stati contraenti anche quando il ricorso al proprio diritto nazionale condurrebbe a soluzioni diverse<sup>690</sup>; conseguentemente, l’eventualità di qualificazioni giuridiche divergenti dei medesimi fatti in due Stati diversi non può ostare all’applicazione dell’art. 54 CAAS. Anche perché – e si viene così all’altro capo dell’argomentazione – a ritenere diversamente sarebbe irrimediabilmente frustrata la finalità del *ne bis in idem* transnazionale che consiste “nell’evitare che una persona, per il fatto di aver esercitato il suo diritto alla libera circolazione, sia sottoposta a procedimento penale per i medesimi fatti sul territorio di più Stati contraenti”<sup>691</sup>. Ed invero, data l’assenza di armonizzazione delle legislazioni penali nazionali, è palese che un criterio fondato

---

<sup>686</sup> Sentenza 9 marzo 2006, C-436/04, *Van Esbroeck*, punto 35.

<sup>687</sup> Sentenza *Van Esbroeck*, cit., punto 36, corsivi aggiunti.

<sup>688</sup> Sentenza *Van Esbroeck*, cit., punto 42.

<sup>689</sup> Cfr. la *Initiative of the Hellenic republic with a view to adopting a Council Framework Decision concerning the application of the “ne bis in idem” principle*, cit., che all’art. 1 lett. e) prevede che “‘idem’ shall mean a second criminal offence arising solely from the same, or substantially the same, facts, irrespective of its legal character”. Si v. anche la c.d. *Freiburg Proposal*, cit., § 6, che, dopo aver affermato che “A person may not be prosecuted in the European Union for an act that has already been finally disposed of in a Member State or by a European organ”, così prosegue: “‘Act’ is to be understood as substantially the same facts, irrespective of their legal character”.

<sup>690</sup> Sentenza *Gözütok e Brügge*, cit., punto 33; sentenza *van Esbroeck*, cit., punto 30.

<sup>691</sup> Sentenza *Gözütok e Brügge*, cit., punto 38; sentenza 10 marzo 2005, C-469/03, *Miraglia*, punto 32; sentenza *Van Esbroeck*, cit., punto 33.

sulla qualificazione giuridica dei fatti o sul bene giuridico tutelato condurrebbe alla creazione di altrettanti ostacoli alla libertà di circolazione nello spazio Schengen quanti sono i sistemi penali esistenti negli Stati contraenti<sup>692</sup>.

Riservandoci di tornare successivamente sulle conseguenze pratico-applicative che derivano da questa presa di posizione della Corte, ciò che preme evidenziare è che entrambi gli argomenti utilizzati a sostegno di questa lettura dell'art. 54 CAAS, diretta a "massimizzare" gli effetti del *ne bis in idem*, sembrano viziati da un fondamentale errore prospettico, che consiste nel dare per scontato presupposti che in realtà scontati non sono. In particolare, per quanto concerne l'esistenza della più ampia fiducia reciproca tra gli Stati membri, la Corte si limita a dedurla dalla stessa codificazione del *ne bis in idem* nell'art. 54 CAAS, quando invece l'ambito applicativo della preclusione processuale è *misura* di questa fiducia; essi stanno e cadono insieme e dedurre dall'uno l'ampiezza dell'altro si risolve in un mero gioco di specchi, un *escamotage* al fondo del quale ancora non si è detto nulla della portata né dell'uno né dell'altro. Discorso analogo vale per il richiamo al diritto alla libera circolazione quale *ratio* del divieto: fermo restando che l'applicazione dell'art. 54 CAAS incide inevitabilmente sulla libertà di circolazione delle persone sancita dai trattati, nel senso di renderne effettivo l'esercizio<sup>693</sup>, ciò non toglie che tale libertà costituisca, a rigore, una conseguenza del soddisfacimento delle esigenze di certezza soggettiva cui è funzionale il *ne bis in idem* e non il suo antecedente logico, per cui essa riceve tutela nei limiti in cui opera la preclusione processuale, non valendo necessariamente l'inverso. Ciò che stupisce, dunque, non è il riferimento a questo diritto fondamentale dell'individuo, che in sé non rappresenta alcuna novità<sup>694</sup>; a sollevare più di una perplessità è il fatto che la Corte si sia richiamata alla libertà di circolazione sancita dal TUE per esasperare la valenza garantista della preclusione, quando invece l'ampiezza del divieto di doppio processo è inevitabilmente determinata dal bilanciamento di

---

<sup>692</sup> Sentenza *Van Esbroeck*, cit., punto 35.

<sup>693</sup> A. CIAMPI, *La nozione europea di "persona giudicata con sentenza definitiva"*, cit., 117.

<sup>694</sup> Già nel 1984, del resto, il Parlamento europeo invitava gli Stati membri ed il Consiglio dei Ministri a riconoscere l'operatività del *ne bis in idem* facendo riferimento proprio all'art. 48 del Trattato di Roma sulla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità europea; analogamente, il preambolo della Convenzione di Bruxelles relativa all'applicazione del principio del *ne bis in idem* faceva diretto riferimento agli "sviluppi verso la eliminazione degli ostacoli alla libera circolazione delle persone tra gli Stati membri". Sul punto, più ampiamente, S. FARINELLI, *Sull'applicazione del principio ne bis in idem*, cit., 886 s.

diversi interessi contrapposti, senza potersi *a priori* stabilire l'assoluta prevalenza dell'uno sull'altro<sup>695</sup>.

### **7. Il *ne bis in idem* quale surrogato dell'armonizzazione dei diversi sistemi penali nazionali**

Alla luce delle considerazioni adesso svolte, non sembra insensato affermare che tutta la motivazione della Corte, diretta ad accogliere una nozione “storico-naturalistica” di *res judicata*, ruoti intorno alla presa d'atto del *deficit* di armonizzazione esistente tra i sistemi penali degli Stati membri e all'esigenza di non privare l'art. 54 CAAS di qualunque efficacia pratico-applicativa. Sennonché, per questa via, si finisce, attraverso il catalizzatore offerto dal principio del mutuo riconoscimento<sup>696</sup>, per attribuire alla norma sul *ne bis in idem* una *funzione surrogatoria* rispetto al ravvicinamento delle disposizioni penali nazionali. Ed invero, la Corte, muovendo dalla premessa che “nessuna norma del titolo VI del Trattato sull'Unione europea [...] , né dell'Accordo di Schengen o della stessa CAAS assoggetta l'applicazione dell'art. 54 di quest'ultima all'armonizzazione o, quanto meno, al ravvicinamento delle legislazioni penali degli Stati membri nel settore delle procedure di estinzione dell'azione penale”<sup>697</sup>, né, in genere, al ravvicinamento delle legislazioni penali *tout court*<sup>698</sup>, conclude che ogni Stato parte è evidentemente disposto ad accettare l'applicazione del diritto penale estero anche quando il ricorso alle fattispecie incriminatrici nazionali avrebbe condotto a risultati diversi. Dal tenore delle sentenze, dunque, pare che la Corte abbia guardato al *ne bis in idem* come ad un corollario del più generale principio del reciproco riconoscimento esistente nel diritto comunitario, principio che, secondo i giudici del Lussemburgo, opererebbe anche in materia penale. Ed è proprio qui che si annida l'equivoco in cui è caduta la Corte, che ha interpretato l'art. 54

---

<sup>695</sup> Analog. A. CIAMPI, *La nozione europea di “persona giudicata con sentenza definitiva”*, cit., 117; cfr. anche R. BARATTA, *Ne bis in idem, diritto internazionale e valori costituzionali*, cit., 27: “il valore giuridico del *ne bis in idem* possiede dunque natura intrinsecamente “relativa”, e la sua realizzazione si pone in termini di □grado□ e non di assolutezza”.

<sup>696</sup> Sulla funzione del principio del mutuo riconoscimento, si v., da ultimo, M. DELMAS-MARTY, *Le Pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques*, in *Dalloz*, 2006, 951 ss. secondo la quale “la coopération glisse vers l'armonisation au nom du principe de reconnaissance mutuelle”.

<sup>697</sup> Sentenza *Gözütok eBrügge*, cit., punto 32.

<sup>698</sup> Sentenza *Van Esbroeck*, cit., punto 30.

CAAS alla luce di un principio che ricava in via induttiva dalla stessa norma che deve interpretare e che non trova altrimenti riscontro nella materia in oggetto, se non in via programmatica o con riferimento a differenti profili<sup>699</sup>.

Infatti, mentre la regola del reciproco riconoscimento, secondo la nota giurisprudenza conosciuta come *Cassis de Dijon*<sup>700</sup>, si è affermata in ambito comunitario in relazione alla libera circolazione dei prodotti e dei servizi, costituendo un'alternativa ai limiti di un processo volto alla completa armonizzazione delle disposizioni nazionali nel settore del mercato interno<sup>701</sup>, lo stesso principio, nonostante i molti auspici da parte delle istituzioni comunitarie, fatica a trovare cittadinanza in materia penale, dove gli Stati sono naturalmente più restii a vincolarsi ad un "riconoscimento" che svolga una funzione surrogatoria al ravvicinamento delle rispettive normative nazionali<sup>702</sup>. In altri termini, sebbene sotto il profilo "logico" nulla vieta di utilizzare in ambito penale la stessa tecnica del mutuo riconoscimento come rimedio alternativo alla armonizzazione delle legislazioni già efficacemente utilizzata nel settore del mercato interno, i problemi nascono sul piano "politico-normativo". Com'è stato infatti notato, non senza una punta di sarcasmo, l'applicazione del principio del mutuo riconoscimento al diritto penale, così intimamente legato alla sovranità nazionale e alla tutela dei diritti fondamentali dell'individuo, solleva problemi ben diversi di quanto non accada per la commercializzazione di liquori, frutta e ortaggi e di tutto quanto può essere oggetto di scambio nel mercato europeo<sup>703</sup>.

Non stupisce pertanto che nella materia penale il principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie costituisca ad oggi un principio di

---

<sup>699</sup> Cfr. A. CIAMPI, *La nozione europea di "persona giudicata con sentenza definitiva"*, cit., 117.

<sup>700</sup> Sentenza del 20 febbraio 1979, causa 120/79, *Rewe-Zentral*, in *Racc.*, 1293.

<sup>701</sup> Cfr. L. SALAZAR, *La lotta alla criminalità nell'Unione: passi in avanti verso uno spazio giudiziario comune prima e dopo la Costituzione per l'Europa ed il Programma dell'Aia*, in *Cass. pen.*, 2004, 3510 ss., che, pur ravvisando il parallelismo, sottolinea come non si possa "in alcun modo porre sullo stesso piatto della bilancia la libera circolazione delle merci e quella di decisioni giudiziarie suscettibili di esplicare effetti sui diritti fondamentali degli individui".

<sup>702</sup> Cfr. D. SARMIENTO, *El principio ne bis in idem en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea*, in AA.VV., *El principio de ne bis in idem en el Derecho penal europeo e internacional* (a cura di L.A. Zapatero e A.N. Martín), Cuenca, 2007, 56 ss.

<sup>703</sup> D. SARMIENTO, *El principio ne bis in idem en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea*, cit., 53. In termini molto critici sul principio del mutuo riconoscimento come pietra angolare della costruzione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia si è espresso anche S. PEERS, *Mutual recognition and criminal law in the European Union: has the Council got it wrong?*, in *Comm. Market law Rev.*, 2004, in particolare 13 ss.

carattere in larga parte programmatico, per la cui integrale realizzazione molti passi necessari devono essere ancora compiuti<sup>704</sup>. Né desta alcuno stupore che la prima attuazione del principio sia avvenuta con la recente decisione quadro sul mandato di arresto europeo<sup>705</sup>, dove esso è evidentemente funzionale alla cooperazione degli Stati nella lotta contro il crimine, impedendo che al *deficit* di sicurezza provocato dalla caduta delle frontiere interne si accompagni la possibilità di delinquere impunemente, trovando i criminali rifugio nel Paese di appartenenza dopo aver commesso reati in un altro Stato<sup>706</sup>. Ma il *ne bis in idem* si pone in una logica completamente diversa: esso non è volto a garantire un'efficace azione comune di contrasto alla criminalità, quanto, piuttosto, a limitare "dall'esterno" la cooperazione giudiziaria, impedendo che il moltiplicarsi degli sforzi repressivi degli Stati, in assenza di coordinamento, si risolva a danno dei singoli individui<sup>707</sup>. L'art. 54 CAAS è dunque espressione di esigenze opposte – e nondimeno complementari – rispetto a quelle che hanno indotto all'adozione di strumenti come il mandato di arresto europeo. La normativa sul mandato di arresto europeo veicola un riconoscimento "in positivo" delle decisioni penali degli Stati membri, diretto a diminuire il rischio che una persona imputata o condannata sfugga alla giustizia per motivi di "sovranità giudiziaria" ovvero approfittando delle carenze e delle lungaggini della tradizionale procedura di estradizione<sup>708</sup>; il *ne bis in idem* implica invece un riconoscimento "in negativo",

<sup>704</sup> Analog. A. CIAMPI, *La nozione europea di "persona giudicata con sentenza definitiva"*, cit., 118.

<sup>705</sup> Cfr. decisione quadro del Consiglio del 13 giugno 2002 (2002/584/GAI), dove al sesto considerando si sottolinea come il mandato di arresto europeo "costituisce la prima concretizzazione nel settore del diritto penale del principio di riconoscimento reciproco che il Consiglio europeo ha definito il fondamento della cooperazione giudiziaria".

<sup>706</sup> Cfr. R. ADAM, *La cooperazione nel campo della giustizia e degli affari interni: da Schengen a Maastricht*, in *Riv. dir. eur.*, 1994, 227 ss.; L. SALAZAR, *La lotta alla criminalità*, cit., 3511. Sull'evoluzione della cooperazione giudiziaria penale nei rapporti tra gli Stati membri dell'Unione europea, si v. *amplius*, C. AMALFITANO, *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali nell'Unione europea*, cit., 52 ss.

<sup>707</sup> Analog. C. VAN DEN WYNGAERT-G. STESSENS, *The international non bis in idem principle*, cit., 786, che, sottolinea come già nelle precedenti convenzioni sulla validità internazionale dei giudizi repressivi e sul trasferimento dei procedimenti penali "*the non bis in idem rule is also intended to function outside the context of international co-operation in criminal matters*".

<sup>708</sup> Sotto questo profilo, appare di particolare interesse il documento di lavoro del Parlamento europeo sul recepimento e l'attuazione del mandato d'arresto europeo da parte degli Stati membri (relazione della Commissione a norma dell'articolo 34 della decisione quadro del Consiglio del 13 giugno 2002 relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri - COM(2005) 63 e SEC(2005) 267), *on line* alla pagina [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004\\_2009/documents/dt/580/580970/580970it.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/dt/580/580970/580970it.pdf).

volto pertanto ad *escludere* l'esercizio dell'azione penale a fini di tutela della persona<sup>709</sup>. Del resto, la differenza che intercorre tra i due diversi profili del principio del mutuo riconoscimento trova conferma nel dato normativo: è la stessa decisione quadro sul mandato di arresto europeo che si preoccupa di sottolineare che all'effetto (positivo) del riconoscimento diretto del provvedimento coercitivo emanato dalle autorità nazionali, si accompagna l'effetto (negativo) del *ne bis in idem*, il quale costituisce uno dei motivi di non esecuzione del MAE<sup>710</sup>.

Con questo, non s'intende disconoscere che l'armonizzazione dei diversi sistemi penali europei passi anche attraverso l'adozione di determinati principi e la creazione di *standard* minimi di tutela, destinati ad incontrare consenso soprattutto se volti a garantire diritti fondamentali<sup>711</sup>, come nel caso del divieto di doppio processo, quanto sottolineare l'inadeguatezza degli sforzi volti a configurare il *ne bis in idem* come *alternativa* al ravvicinamento, almeno tendenziale, degli ordinamenti penali<sup>712</sup>; in altre parole, ferma restando la stretta correlazione esistente tra armonizzazione delle norme incriminatrici ed efficacia della cooperazione internazionale<sup>713</sup> e preso atto della consacrazione definitiva del mutuo riconoscimento come pietra angolare della cooperazione giudiziaria

---

<sup>709</sup> Analog. D. SARMIENTO, *El principio ne bis in idem en la jurisprudencia del Tribunal de justicia de la Comunidad europea*, cit., 52: "sin embargo, y a diferencia de otros instrumentos de colaboración previsto en el Tercer Pilar, la norma contenida en el artículo 54 no tiene un contenido restrictivo sobre el particular, sino todo lo contrario: a diferencia de la orden de la detención europea o de los instrumentos de cooperación en materia probatoria, el *ne bis in idem* garantiza un derecho individual para el individuo. Un derecho, a mayor abundamiento, que existe en los ordenamientos nacionales con el máximo rango normativo, al haber sido consagrado como un derecho fundamental".

<sup>710</sup> Cfr. N. GALANTINI, *Una nuova dimensione per il ne bis in idem internazionale*, cit., 3478.

<sup>711</sup> K. TIEDEMANN, *L'europeizzazione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 8.

<sup>712</sup> Cfr. A. WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Bruxelles, 2004, 147: "[l]e rapprochement des législations matérielles et procédurales [est] un élément essentiel à [l']instauration d'un climat de confiance": sans rapprochement pas de confiance mutuelle; sans confiance mutuelle pas de reconnaissance effective et pas d'espace pénal européen". Si v. anche C. AMALFITANO, *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali*, cit., 180, con ampi richiami bibliografici alla dottrina italiana e straniera.

<sup>713</sup> Osserva R. ROTH, *Droit pénal transnational*, cit., 135 s. "l'amélioration de la coopération en matière pénale est clairement pensée comme un *jalon* en vue de l'*harmonisation*, voire de l'*intégration* du droit et de la procédure pénales, suivant les trois étapes classiques – et en principe successives – qui conduisent à l'élaboration d'un droit véritablement « transnational »". Sul punto, si v. anche l'ampia disamina di A. WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen*, cit., *passim*.

europea<sup>714</sup>, tutto ciò non può di per sé comportare un riconoscimento “in negativo” che prescinde interamente dalle scelte di politica criminale dei singoli Stati, se non al prezzo di vuoti di tutela difficilmente accettabili dalle singole Comunità nazionali. E, con questo, siamo già all’analisi delle molte aporie cui conduce l’accoglimento di una nozione “storico-naturalistica” di *res judicata* nell’interpretazione dell’art. 54 CAAS.

#### **8. Le problematiche sollevate dall’accoglimento di una nozione storico-naturalistica di *res judicata* nell’applicazione dell’art. 54 CAAS**

Anche a prescindere dalla debolezza delle argomentazioni che la sorreggono, la soluzione ermeneutica fatta propria dalla Corte solleva una serie di problemi sul piano pratico-applicativo e presta il fianco a numerose critiche. L’elaborazione di una nozione “storico-naturalistica” di *res judicata*, come accennato, rischia infatti di fare del *ne bis in idem* una garanzia di impunità del reo ed accentua i rischi di *forum shopping* in ambito europeo; essa sembra insomma sacrificare eccessivamente – ed irrazionalmente – le istanze di sovranità nazionale e le esigenze di tutela penale ai contrapposti bisogni di protezione del singolo da una duplicazione dei procedimenti. In particolare, i problemi pratico-applicativi che derivano dall’accoglimento di una nozione “storico-naturalistica” di *res judicata* sono riconducibili a tre ordini di ragioni: la scarsa armonizzazione ad oggi esistente tra i sistemi penali – processuali e sostanziali – dei singoli Stati; l’estrema difficoltà di individuare i contorni di un fatto illecito in assenza di qualunque richiamo al modello del *Tatbestand*; i limiti, strutturali e normativi, dell’esercizio della giurisdizione penale nazionale.

Per quanto concerne il primo profilo, il *deficit* di armonizzazione tra i sistemi *processuali* nazionali fa sì che l’elaborazione di una nozione “storico-naturalistica” – e dunque amplissima – di *res judicata* esasperi gli inconvenienti comunque connessi all’attribuzione al giudicato estero di un’efficacia impeditiva diversa da quella vigente nell’ordinamento in cui la sentenza è stata pronunciata. In base alla giurisprudenza della Corte, il divieto di doppio processo sancito dalla

---

<sup>714</sup> Sul punto si v., di recente, S. MANACORDA, *Reconnaissance mutuelle et droits fondamentaux dans l'Espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne : un développement inégal*, in *Rev. sc. crim.*, 2005, 881 ss.



CAAS non solo è completamente svincolato dall'ampiezza dei poteri cognitivi del primo giudice, ma opera anche quando quest'ultimo, chiamato a decidere esclusivamente sull'esistenza di un reato, non poteva, ai sensi delle norme processuali vigenti nel proprio ordinamento, pronunciarsi sulla realizzazione di altri reati concorrenti sul medesimo fatto<sup>715</sup>. Inoltre, a meno di non voler ritenere che l'art. 54 CAAS vincoli anche lo Stato che ha già esercitato la giurisdizione penale, si giunge al risultato paradossale per cui, mentre un secondo giudizio volto ad accertare la violazione di altre norme incriminatrici sarebbe pienamente lecito – e giustificato – nello Stato dove si è svolto il primo processo, altrettanto non potrebbe dirsi per lo Stato che intende procedere *in idem*, vincolato al divieto sancito dall'art. 54 CAAS. Sul versante *sostanziale*, poi, dal momento che l'art. 54 CAAS opera sul presupposto della identità dei fatti materiali, il divieto di doppio processo viene in gioco anche quando l'autorità giudiziaria che intende procedere *in idem* mira ad applicare norme incriminatrici che in nessun caso potevano essere applicate dal primo giudice, poiché non esistenti in quell'ordinamento. Si palesa così l'irrazionalità del ragionamento della Corte, che, mentre accoglie una nozione di *res judicata* che, come dimostra l'esperienza comparatistica, presuppone necessariamente la possibilità di una piena valutazione giuridica del fatto<sup>716</sup>, al contempo riconosce quell'assenza di armonizzazione – tanto sul piano processuale che sostanziale – che esclude in radice la possibilità, da parte dei giudici nazionali, di valutare *tutti* i possibili profili di rilevanza penale del fatto storico, previsti dai diversi ordinamenti statuali che vantano giurisdizione sul medesimo fatto.

Con riferimento al secondo profilo, il problema che si pone è “strutturale”: una volta che la “identità del fatto” rilevante *ex art. 54 CAAS* è disancorata da qualunque qualificazione giuridica, diventa difficile, se non addirittura impossibile, individuare quel nucleo omogeneo di disvalore che sta alla base della

---

<sup>715</sup> Cfr. H. THOMAS, *Das Recht auf Einmaligkeit*, cit., 205: “Die Befugnis zur Klageerhebung wird durch die richterliche Sachentscheidung konsumiert, und zwar in dem Maße, wie dem Gericht eine Sachentscheidung offensteht. Ist das Gericht im Urteilsumfang auf das angeklagte Delikt beschränkt (wie in anglo-amerikanischen Rechtssystemen), so kann der Staat die Befugnis zur Strafklage auch nur insoweit verbrauchen”. La rilevanza della c.d. *Kognitionspflicht* nell'individuazione dell'ambito applicativo dell'art. 54 CAAS è opportunamente sottolineata da HECKER, *Europäisches Strafrecht*, cit., 473.

<sup>716</sup> Sulla inapplicabilità del c.d. “Untersuchungsgrundsatz” a livello europeo, si v. le brevi ma incisive osservazioni di H. THOMAS, *op.ult.cit.*, 208.

costruzione del “tipo” e, correlativamente, della *res judicata*; in altre parole, se si sceglie di elevare a presupposto del *ne bis in idem* la mera esistenza di un insieme di circostanze concrete inscindibilmente collegate tra loro nello spazio, nel tempo e per oggetto, si travolge completamente la tipicità del fatto e diventa pressoché impossibile cogliere quella identità tra fatti criminosi che, per essere realtà necessariamente normative, abbisognano innanzitutto di un parametro giuridico di riferimento. Da qui una serie di problemi ulteriori. In particolare, la preclusione processuale sancita dalla CAAS è destinata ad operare anche quando i fatti materiali oggetto di accertamento nei due processi sono in parte differenti, perché ad esempio alcuni dei fatti “collegati” non erano noti all’epoca del primo giudizio o non sono stati presi in considerazione per un errore da parte del primo giudice<sup>717</sup>; così, com’è stato autorevolmente notato, una condanna per detenzione o spaccio di 50 grammi di eroina in uno Stato membro, precluderebbe automaticamente l’esercizio dell’azione penale in relazione a cinque chili della stessa droga in un altro Stato membro, sul solo presupposto che si tratti della stessa partita di sostanze stupefacenti<sup>718</sup>.

## **9. (Segue) I “fisiologici” vuoti di tutela derivanti dalle attuali regole di diritto penale internazionale**

La soluzione accolta dalla Corte di Giustizia pare inoltre destinata a condurre a fisiologici vuoti di tutela tutte le volte che un singolo Stato non abbia giurisdizione su un unitario episodio criminoso di rilevanza transfrontaliera<sup>719</sup>. Ed invero, nonostante alcune recenti decisioni quadro incoraggino i legislatori nazionali ad estendere la propria giurisdizione penale ben oltre i limiti del

<sup>717</sup> Così infatti l’Avv. gen. Sharpston nelle conclusioni relative alla causa *Kraaijenbrink* (causa C-367/05), punto 69: “nella nozione di □medesimi fatti□ di cui agli artt. 54 e 56 della CAAS [rientrano] i fatti che risultano accessori o aggiuntivi rispetto a quelli principali oggetto del procedimento nel primo Stato membro, ma che non sono stati presi in considerazione in tale procedimento, se i fatti in questione sono inscindibilmente collegati tra loro nel tempo, nello spazio nonché per oggetto”.

<sup>718</sup> Si v. le conclusioni dell’Avv. gen. Sharpston relative alla causa *Kraaijenbrink*, punto 36.

<sup>719</sup> Nello stesso senso H.-H. KÜHNE, *Anmerkung zum EuGH, Urteil v. 9. 3. 2006 – Rs. C-436/04 Van Esbroeck*, in *JZ*, 20/2006, 1020, che sottolinea come l’applicazione del principio sancito dall’art. 54 della Convenzione in casi del genere dovrebbe dipendere quantomeno dalla possibilità per i giudici del primo Stato, di valutare l’intero episodio criminoso.

territorio nazionale, ad esempio in materia di corruzione<sup>720</sup> e di traffico di stupefacenti<sup>721</sup>, questi obblighi a stabilire la competenza giurisdizionale, in particolare extraterritoriale, sono destinati ad operare solamente con riferimento a determinate categorie di illeciti e non in relazione alla generalità dei reati. I limiti che derivano da tale situazione sono sotto gli occhi di tutti se solo si ipotizza una truffa realizzata da un'impresa francese a danno di cittadini di Stati diversi: se un giudice italiano procedesse, in forza del principio di personalità passiva, per i soli episodi criminosi che hanno cagionato un danno a cittadini italiani, quella sentenza avrebbe come conseguenza l'impossibilità di processare successivamente la medesima impresa per le frodi che si sono risolte a danno di cittadini inglesi, o tedeschi, o francesi e via dicendo, sulla base della sola circostanza che il meccanismo truffaldino era unitario ed identico per tutte le vittime del raggio.

Ebbene, quando la possibilità di giudicare l'intero episodio criminoso è preclusa dalle stesse norme nazionali che sanciscono l'ampiezza della giurisdizione penale, una limitazione dell'ambito applicativo dell'art. 54 CAAS *quantomeno* ai fatti che *avrebbero potuto* essere oggetto di giudizio da parte dei giudici dello Stato che per primo si è attivato, pare doverosa. Una volta che l'identità fattuale della vicenda criminosa è "spezzata" dalle norme di diritto penale internazionale, sembra infatti venir meno la stessa ragione della garanzia sancita dalla Convenzione, per motivi che non hanno nulla a che vedere con la rilevanza o meno della qualificazione giuridica del fatto operata dai legislatori nazionali, ma che sono piuttosto la conseguenza della naturale limitatezza degli sforzi repressivi degli Stati<sup>722</sup>; in altre parole, se le norme nazionali sui limiti di giurisdizione impediscono allo Stato di giudicare determinati fatti, viene meno la possibilità di un *secondo* giudizio – poiché una prima pronuncia non c'è stata, né poteva esserci – e con questa il fondamento della preclusione processuale.

Ciò detto, già l'esistenza di quest'ultima problematica derivante dalla natura nazionale delle norme disciplinanti l'ambito della giurisdizione statale, allo stato

---

<sup>720</sup> Cfr. l'art. 7 della decisione quadro del Consiglio 2003/568/GAI del 22 luglio 2003, relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato.

<sup>721</sup> Cfr. l'art. 8 della decisione quadro del Consiglio 2004/757/GAI del 25 ottobre 2004 riguardante la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti.

<sup>722</sup> H.-H. KÜHNE, *Anmerkung*, cit., 1020.

risolvibile solamente attraverso la riduzione, in via ermeneutica, dell'ambito applicativo del *ne bis in idem* sancito dall'art. 54 CAAS, evidenzia i molti limiti di un meccanismo di riparto di giurisdizioni operante esclusivamente *ex post*, vale a dire *dopo* l'esercizio dell'azione penale da parte di uno Stato. Emerge qui, con tutta la forza dei fatti, la debolezza intrinseca del *ne bis in idem* sancito dalla Convenzione, quale massima espressione di una concezione solidaristica del diritto internazionale che, nonostante le molte affermazioni di principio, non trova oggi integrale riconoscimento nei rapporti tra gli Stati membri dell'Unione, a conferma di come la costruzione dello spazio giudiziario europeo sia il frutto di un processo ancora *in fieri*, che non può essere imposto dall'alto se non al prezzo di queste incongruenze del sistema. È evidente, infatti, che laddove gli Stati rinunciassero alla propria prerogativa sovrana di determinare unilateralmente l'ambito della propria giurisdizione penale, rimettendo interamente la questione alle norme internazionali, o, nel caso specifico, dell'Unione europea, questo problema sarebbe superato, poiché la norma sopranazionale potrebbe individuare direttamente lo Stato meglio in grado di giudicare su un determinato episodio criminoso di rilevanza transfrontaliera, precludendo così l'insorgere di conflitti di giurisdizione, tanto positivi che negativi<sup>723</sup>.

#### **10. Verso una nuova tipicità penale (europea) cui ancorare la preclusione processuale?**

L'analisi fin qui condotta ha evidenziato come i problemi principali sollevati dall'art. 54 CAAS derivano dal *deficit* di armonizzazione delle norme incriminatrici nazionali e, correlativamente, dalla difficoltà di risolvere i conflitti positivi di giurisdizione tra gli Stati senza sacrificare eccessivamente le esigenze di sovranità statale e di tutela penale dei beni giuridici al processo di integrazione europea ed al diritto alla libera circolazione delle persone. Ebbene, accertati i limiti delle soluzioni "classiche" al problema del *ne bis in idem* internazionale, si potrebbe avanzare una diversa ipotesi interpretativa dell'art. 54

---

<sup>723</sup> Analog. N. GALANTINI, *Il divieto di doppio processo come diritto della persona*, cit., 113, che rileva come "il problema del riconoscimento, in diritto interno, dell'autorità di cosa giudicata della sentenza penale straniera, affonda le sue radici più che in una difformità fra legislazioni penali sostanziali, in una mancanza di disponibilità degli stati alla regolamentazione delle competenze".

CAAS, volta a valorizzare la sua collocazione nel contesto europeo. In particolare, una volta escluso il ricorso alle fattispecie incriminatrici nazionali ed appurata l'esigenza di una *previa* qualificazione giuridica del fatto criminoso della cui identità si discute, si potrebbe pensare di ancorare la preclusione processuale prevista dalla Convenzione ad una diversa tipicità penale, una sorta di legalità "europea" capace di fungere da *trait d'union* tra le esigenze di cooperazione penale inter-statuale e la tutela dei diritti individuali<sup>724</sup>.

Si tratta pertanto di cogliere una nuova dimensione della tipicità, non più strumento di selezione primaria degli illeciti, cornice concettuale di imprescindibili garanzie legalitarie, ma una tipicità debole, sfumata, *flou* se si vuole, ma non per questo meno capace di riflettere le ragioni più profonde e le tensioni che animano il diritto penale<sup>725</sup>. E che una nuova dimensione della tipicità stia faticosamente – ma inesorabilmente – emergendo sulla scena internazionale e soprattutto europea, pare fuori di dubbio. A ricordarcelo sono le Convenzioni internazionali e le decisioni-quadro adottate nell'ambito del Terzo pilastro, che si caratterizzano in misura sempre più evidente per la stretta correlazione instaurata fra armonizzazione delle fattispecie incriminatrici nazionali ed efficacia degli strumenti di cooperazione internazionale, *attraverso* l'imposizione di obblighi ad instaurare la giurisdizione nazionale sui fatti criminosi oggetto del programma di ravvicinamento<sup>726</sup>. Queste disposizioni internazionali svolgono una duplice funzione: da un lato, nella parte in cui impongono allo Stato d'instaurare la giurisdizione sui fatti commessi in tutto o in

---

<sup>724</sup> Analog., seppure con riferimento all'esecuzione del MAE nelle ipotesi previste dell'art. 2. par. 2 della decisione quadro 2002/584/GAI, G. GAJA, *Per quali reati deve essere data esecuzione ad un mandato d'arresto europeo?*, in *Riv. dir. int.*, 2007, 776, che ravvisa la possibilità di attribuire un significato autonomo alle categorie criminose quali risultano dalla suddetta decisione quadro; in particolare, secondo l'A. "è difficile immaginare che sia stato attribuito alla autorità dello Stato emittente [il MAE] un potere esclusivo di procedere alla qualificazione, perché ciò condurrebbe inevitabilmente ad attribuire alle categorie utilizzate dalla decisione-quadro una varietà di significati. Tali categorie non debbono essere ricostruite con riguardo ora all'uno ora all'altro ordinamento, ma in modo tendenzialmente uniforme".

<sup>725</sup> Sull'applicabilità di una logica *flou* anche al diritto penale il riferimento obbligato è all'opera di M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme*, Paris, 1992.

<sup>726</sup> Cfr., per esempio, oltre alle già richiamate decisioni quadro in materia di corruzione nel settore privato e di traffico di stupefacenti, la decisione quadro del Consiglio 2000/383/GAI contro la falsificazione di monete in relazione alla falsificazione dell'euro; la decisione quadro 2002/475/GAI del 13 giugno 2002 sulla lotta contro il terrorismo; la proposta di decisione quadro del Consiglio sulla lotta contro il razzismo e la xenofobia [COM(2001)664] presentata dalla Commissione il 28.11.2002. Per un'ampia analisi di questi ed analoghi strumenti di cooperazione internazionale, cfr., per tutti, A. DI MARTINO, *La frontiera e il diritto penale*, cit., in partic. 52 ss.

parte sul territorio nazionale, si risolvono in obblighi di criminalizzazione, fungendo così da catalizzatori del processo di armonizzazione delle fattispecie incriminatrici; dall'altro, nella parte in cui impongono l'estensione extraterritoriale della giurisdizione per i fatti oggetto delle fattispecie incriminatrici così ravvicinate, svolgono una funzione strumentale rispetto alle esigenze della cooperazione internazionale, garantendone una maggiore efficacia<sup>727</sup>.

Ebbene, com'è stato recentemente notato, da questo nesso assolutamente originale che si viene a creare tra criteri di esercizio della giurisdizione e forme della collaborazione internazionale deriva non solo un sostanziale mutamento della struttura degli obblighi di incriminazione, ma, con questo, anche una trasfigurazione della stessa fisionomia del "tipo" penale<sup>728</sup>. Ed infatti, dal momento che l'obbligo internazionale di incriminazione svolge un ruolo servente rispetto allo scopo ultimo del trattato, che è quello di assicurare un'efficace collaborazione tra gli Stati, è necessario e sufficiente che la fattispecie nazionale risulti idonea a tale scopo, mentre perde rilievo un'eventuale incriminazione per eccesso da parte dei Parlamenti nazionali; in altre parole, queste norme internazionali contengono obblighi di incriminazione assolutamente *sui generis*, contemplando, piuttosto che vere e proprie fattispecie incriminatrici, programmi di tutela che impegnano i legislatori nazionali ad operare una *successiva* selezione degli illeciti omogenea nella misura in cui sia funzionale alle esigenze della cooperazione<sup>729</sup>.

E se la fattispecie penale si accolla, sul piano europeo, il compito di fornire un "punto d'aggancio" alla collaborazione internazionale, quale *programma di selezione* degli illeciti da parte dei Parlamenti nazionali che ha il suo vero punto di emersione nelle regole con le quali si instaura la giurisdizione su di un fatto

---

<sup>727</sup> A. DI MARTINO, *loc. ult. cit.*

<sup>728</sup> A. DI MARTINO, *La frontiera e il diritto penale*, cit., 49.

<sup>729</sup> Si realizza in questo modo un sistema di "armonizzazione" tra fattispecie incriminatrici ben lontano dalla logica "rigida" dell'unificazione normativa; come evidenzia M. DELMAS MARTY (*Les processus de mondialisation du droit*, cit., 73 s.), "à côté de l'unification qui impose une obligation de conformité, l'harmonisation introduit, avec la marge nationale, une simple obligation de compatibilité. Alors que la conformité va de pair avec l'exigence d'identité (c'est-à-dire l'exigence de pratiques nationales strictement conformes à la conduite prescrite par la norme internationale), la compatibilité repose sur une exigence de proximité (c'est-à-dire l'exigence de pratiques suffisamment proches de la norme internationale pour être jugées compatibles)".

avente elementi di estraneità<sup>730</sup>, allora, forse, è a questa fattispecie che dobbiamo guardare interrogandoci sul *ne bis in idem* sancito dalla CAAS. Altrimenti detto, se le regole di giurisdizione – *rectius* le norme internazionali che vincolano gli Stati ad instaurare la giurisdizione su fatti aventi elementi di estraneità – sono chiamate a surrogare funzionalmente la tipicità, sorreggendo i presupposti di un’efficace cooperazione *nonostante* le discrasie di tipicità “secondaria”, allora si legittima al contempo anche un ancoraggio della preclusione processuale a questa nuova dimensione della tipicità. La fattispecie-tipo internazionale, nella misura in cui consente – o forse legittima – la cooperazione tra Stati diversi, al contempo si candida a diventare misura delle garanzie del singolo: così come negli ordinamenti nazionali il principio di tipicità permette di distinguere tra la sfera di libertà del soggetto e gli spazi insulari e frammentati dell’intervento penale, così, sul piano sovranazionale questa “nuova” tipicità indica i limiti invalicabili della libertà dell’individuo di fronte alle pretese punitive della stessa Comunità internazionale. In breve, nel momento in cui le differenze in punto di tipicità – secondaria, statuale – non sono tali da impedire la cooperazione internazionale, queste stesse differenze non possono essere fatte valere contro il reo, che è il vero soggetto passivo di questa collaborazione.

L’ambito applicativo del *ne bis in idem* previsto dall’art. 54 CAAS può dunque essere cercato nelle stesse decisioni quadro e nelle convenzioni internazionali, concluse secondo le modalità previste nel terzo pilastro dell’Unione, che descrivono le “classi di reati” – meglio, di offensività<sup>731</sup> – rispetto alle quali si instaura una cooperazione internazionale; gli stessi strumenti normativi che, individuando il programma di tutela penale “transnazionale” e ponendo obblighi di esercizio extraterritoriale della giurisdizione, costituiscono la fonte del conflitto giurisdizionale e quindi della molteplicità delle pretese punitive su di un fatto. Così, per esempio, ogni volta che un giudice nazionale decide in materia di falsificazione di monete, laddove il fatto descritto nell’imputazione rientra tra le “figure generali di reato” previste dall’art. 3 della decisione-quadro

---

<sup>730</sup> A. DI MARTINO, *La frontiera e il diritto penale*, cit., 47 s.

<sup>731</sup> Cfr. A. DI MARTINO, *La frontiera e il diritto penale*, cit., 48.

del Consiglio 2000/383/GAI<sup>732</sup>, sarebbe precluso agli altri Stati l'esercizio della giurisdizione penale sul medesimo fatto criminoso.

L'ipotesi interpretativa qui avanzata permetterebbe invero di applicare il principio sancito dall'art. 54 CAAS in maniera settoriale e mirata, nei soli casi in cui vi è una sufficiente armonizzazione tra le norme penali nazionali ed i rischi di una duplicazione dei procedimenti, stante la natura generalmente transfrontaliera degli illeciti oggetto di convenzioni, sono maggiori. Del resto, non si tratta di mirare all'ultima Thule, ma di cercare una soluzione coerente con l'attuale stadio di sviluppo dell'Unione in materia penale e con le caratteristiche proprie della nuova "territorialità europea", la cui affermazione è inseparabile dalla definizione di interessi, valori ed esigenze di incriminazione facenti capo all'Unione ed ai singoli Stati membri<sup>733</sup>. L'esistenza di un obbligo di incriminazione di origine sovranazionale, che limita la discrezionalità del singolo Stato, consente inoltre di superare le obiezioni che sono tradizionalmente mosse alla concezione solidaristica del diritto internazionale e legittima l'applicazione del divieto di doppio processo anche con riferimento ai reati comuni<sup>734</sup>. Ma soprattutto, il richiamo alla "tipicità europea" pare rispecchiare il significato più profondo che la ricerca dell'identità del fatto, in tema di *ne bis in idem* internazionale, assume. Ed invero, è la stessa efficacia transnazionale della garanzia processuale che consiglia di abbracciare una logica *flou*: non più una logica binaria del conforme/non conforme, ma una logica in grado di comparare punti di vista diversi, che instaura plurime relazioni di appartenenza, secondo gradi differenziati di identità<sup>735</sup>. In questa prospettiva, dunque, l'identità del fatto diventa, sul piano europeo,

---

<sup>732</sup> Ai sensi dell'art. 3 della decisione quadro del Consiglio del 29 maggio 2000, relativa al rafforzamento della tutela per mezzo di sanzioni penali e altre sanzioni contro la falsificazione di monete in relazione all'introduzione dell'euro, "Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie per assicurare che costituiscano reato le condotte seguenti: a) falsificazione o alterazione fraudolenta di monete, qualunque ne sia il modo; b) immissione in circolazione fraudolenta di monete false o falsificate; c) importazione, esportazione, trasporto, ricettazione o procacciamento di monete false o falsificate, riconosciute tali, per la loro immissione in circolazione; d) fabbricazione fraudolenta, ricettazione, procacciamento o possesso di: – strumenti, oggetti, programmi informatici o altri mezzi che per loro natura sono particolarmente atti alla falsificazione o alla alterazione di monete, o – ologrammi o altri componenti della moneta che servono ad assicurare una protezione contro la falsificazione.

<sup>733</sup> A. DI MARTINO, *La frontiera e il diritto penale*, cit., 15.

<sup>734</sup> Cfr. P. GAETA, *Il diritto internazionale*, cit., in partic. 508.

<sup>735</sup> Così F. PALAZZO, nella presentazione dell'edizione italiana del lavoro di M. Delmas- Marty, *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, Milano, 1992, XIII.



sostanziale omogeneità di valutazione normativa: nessuna identità, ma neppure eterogeneità.

## CAPITOLO V

LA DISCIPLINA NEL *NE BIS IN IDEM* NEL DIRITTO INTERNAZIONALE PENALE:

PRINCIPI APPLICABILI ANCHE ALLE IPOTESI DI CUI ALL'ART. 54 CAAS?

SOMMARIO: 1. Alcune considerazioni sulla possibilità per gli Stati di violare il divieto di *bis in idem* internazionale in nome di “superiori interessi di giustizia”. – 2. L'introduzione di limiti all'efficacia dell'art. 54 CAAS costruiti sulla falsariga delle norme contenute negli statuti dei Tribunali internazionali – 2.1. Le regole contenute negli Statuti dei Tribunali *ad hoc*. – 2.2. La disciplina del *ne bis in idem* prevista dall'art. 20 dello Statuto della Corte penale internazionale. 2.3. La scarsa plausibilità dell'introduzione di siffatti limiti nello spazio dell'Unione

### **1. Alcune considerazioni sulla possibilità per gli Stati di violare il divieto di *bis in idem* internazionale in nome di “superiori interessi di giustizia”**

L'ultimo interrogativo concerne la possibilità di ammettere un rinnovamento del giudizio, in deroga all'art. 54 CAAS, ogni volta in cui il rispetto del *ne bis in idem* risulti in contrasto con superiori interessi di giustizia. In particolare, si pone il problema di stabilire se l'efficacia della preclusione processuale di cui all'art. 54 CAAS possa essere subordinata ad un giudizio volto a stabilire se il primo processo abbia avuto il solo scopo di sottrarre l'imputato alla propria responsabilità penale o sia stato condotto in maniera né indipendente né imparziale.

La questione, a prima vista provocatoria, ad un più attento esame rivela un'insospettata complessità, degna della massima attenzione per almeno due ordini di ragioni. In primo luogo, essa ripropone il problema, già prospettato da Francesco Carrara, di un'eventuale “collusione ed accordo tra l'offeso e l'offensore, onde far nascere all'estero una sentenza assolutoria per eludere la nostra legge”<sup>736</sup>. E sebbene l'argomento, utilizzato dal maestro lucchese a sostegno della tesi dell'irrelevanza del giudicato penale estero, “prova troppo”, poiché eventuali collusioni non possono certo escludersi in radice per il processo

---

<sup>736</sup> F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale – Del giudizio criminale* (a cura di Nobili, Bologna, 2004), §1073. Su questa ed analoghe considerazioni di Carrara sui limiti della giurisdizione penale, si v. anche D. MANZIONE-G. GIUNTOLI, *I “limiti esterni del giure penale” ed il giudicato internazionale: un auspicio ancora attuale di Francesco Carrara*, in AA.VV., *Francesco Carrara nel primo centenario della morte*, Atti del Convegno internazionale svoltosi a Lucca-Pisa, 2-5 giugno 1988, Milano, 1991, 891 ss.

nazionale<sup>737</sup>, tuttavia, il problema non è soltanto teorico. Con un po' di malizia, infatti, si potrebbe pensare a processi che vedono coinvolte le massime cariche istituzionali dello Stato, oppure a remunerative violazioni del diritto penale societario, magari realizzate da una multinazionale con sede sociale all'estero o, ancora, a frodi internazionali realizzate da cittadini particolarmente "in vista". L'esemplificazione potrebbe andare avanti all'infinito e la domanda sarebbe sempre la medesima, concernente i limiti entro cui uno Stato è in grado di tutelare gli interessi repressivi di un altro Paese<sup>738</sup>. Interessi, si aggiunge, talmente rilevanti per quest'ultimo da aver richiesto il ricorso alla più terribile tra le sanzioni, quella penale.

Il secondo motivo di interesse della problematica in esame consiste nel fatto che un'istituzione autorevole come la *Law Commission* britannica, all'interno di un corposo documento concernente il divieto di *double jeopardy*<sup>739</sup>, non solo si è posta l'interrogativo che qui ci occupa ma ha dato anche risposta positiva al quesito. Ed invero, la *Law Commission* ha recentemente invitato il Legislatore britannico a prevedere la possibilità per le Corti inglesi di procedere al rinnovamento del giudizio estero ogni volta in cui una deroga alla *autrefois rule* sia conforme agli interessi di giustizia (*where it is satisfied that it is in the interest of justice to do so*). A sostegno di questa tesi, si evidenziano i pericoli connessi ad un'operatività illimitata del principio del *ne bis in idem*, che potrebbe condurre ad

---

<sup>737</sup> M. PISANI, *Francesco Carrara e il ne bis in idem internazionale*, in *Riv. dir. int.*, 2005, 1025.

<sup>738</sup> Particolarmente interessanti gli esempi formulati dalla LAW COMMISSION in *Double Jeopardy and Prosecution Appeals*, cit., 77: "Take the case of a very wealthy businessman who perpetrates a fraud on thousands of English pensioners, stealing £50 million. He travels to a state where he has for many years cultivated influential connections. He arranges to be tried there for the fraud and is acquitted (or convicted and given an absolute discharge on the grounds that he is an honourable man) because the nation's president ordered it, or because the judge dismissed the case in return for an honorarium. If the businessman returned to England, it may be thought to be an affront to justice were it not possible for him to be tried. [...] In another example, a foreign national commits a series of assaults and flees to his own country of citizenship where he is tried and acquitted on the grounds that the state has a policy of acquitting its nationals for offences committed abroad".

<sup>739</sup> LAW COMMISSION, *Double Jeopardy and Prosecution Appeals*, cit., in particolare 77 ss., dove, facendo leva tanto sullo Statuto di Roma quanto sul c.d. *interest of justice*, si raccomanda al Legislatore britannico di consentire alle Corti inglesi di non attribuire effetto preclusivo alle pronunce straniere, laddove appaia che i procedimenti che hanno condotto alla sentenza "were held for the purpose of shielding the defendant from criminal responsibility for offences within the jurisdiction of the English court, were not conducted independently or impartially in accordance with the minimum requirements of due process and fairness, or were conducted in a manner which, in the circumstances, was inconsistent with an intent to bring the defendant to justice".

esiti palesemente ingiusti quando il primo giudizio è simulato o frutto di imbrogli e corruzione<sup>740</sup>.

Per quanto poi concerne i criteri che le Corti inglesi dovrebbero seguire al fine di determinare, caso per caso, se gli interessi di giustizia debbano prevalere sulle istanze garantiste presidiate dall'efficacia preclusiva del giudicato estero, la *Law Commission* richiama espressamente i principi codificati nell'art. 20 dello Statuto di Roma istitutivo della Corte Penale Internazionale<sup>741</sup>. Più precisamente, il legislatore dovrebbe imporre ai giudici inglese di disporre il rinnovamento del giudizio estero in tre ipotesi: a) quando il processo estero si è svolto al solo fine di proteggere l'imputato dalla sua responsabilità penale per reati rientranti nella giurisdizione di Corti inglesi; b) quando il giudizio estero non si è svolto in maniera indipendente o imparziale nel rispetto dei requisiti minimi del *due process* e della correttezza processuale; c) quando il processo estero si è svolto in maniera tale da risultare incompatibile, nelle circostanze di specie, con l'intento di portare l'imputato di fronte alla giustizia.

La posizione assunta dalla *Law Commission* pare di estremo interesse, soprattutto se si pone mente al fatto che le considerazioni da essa svolte circa gli auspicabili limiti di efficacia del *ne bis in idem* internazionale si collocano nell'ambito di un più vasto discorso volto ad attribuire al divieto di doppio giudizio la massima ampiezza possibile. La Commissione muove infatti dalla premessa per cui il divieto di doppio processo dovrebbe in linea di principio operare *wherever the previous acquittal or conviction occurred*<sup>742</sup>, e questo perché, continua la Commissione, un secondo giudizio per il medesimo reato è sempre ingiusto ed oppressivo, ovunque si sia svolto il primo giudizio. Si profila così, negli intenti della *Law Commission* una garanzia ancora maggiore di quella prevista nell'art. 54 CAAS, perché destinata ad operare anche laddove il primo giudizio non è stato reso da un giudice di uno Stato parte del sistema Schengen.

---

<sup>740</sup> LAW COMMISSION, *Double Jeopardy and Prosecution Appeals*, cit., 77: "a blanket rule that prior foreign proceedings will *always* preclude an English trial could work manifest injustice. There is a considerable danger [...] of having to respect the outcomes of sham trials in corrupt and illegitimate trials".

<sup>741</sup> Il presupposto da cui muove la *Law Commission* è l'esistenza di un "overwhelming international consensus" sulla legittimità di questi limiti all'efficacia del *ne bis in idem* internazionale (cfr. LAW COMMISSION, *Double Jeopardy and Prosecution Appeals*, cit., 78).

<sup>742</sup> Cfr. la *Recommendation N. 20* in LAW COMMISSION, *Double Jeopardy and Prosecution Appeals*, cit., 78.

A fronte di una preclusione processuale di così ampia portata, del tutto indifferente al luogo in cui si è svolto il primo processo, si comprendono allora le ragioni della introduzione di una regola volta ad escludere l'operatività della *autrefois rule* ogni volta in cui il processo svoltosi all'estero non dia sufficienti garanzie di affidabilità. La scelta di attribuire alle Corti inglesi il potere di decidere, caso per caso, se il giudizio estero sia stato realmente diretto ad accertare la responsabilità dell'imputato, sembra dunque dettata non da assenza di fiducia nelle istituzioni giudiziarie estere, ma, al contrario, da un'ampia fiducia negli apparati giudiziari degli altri Paesi e dal rispetto di regole di *comity*. A conferma di questo assunto, merita evidenziare che la scelta di imporre alle Corti un giudizio caso per caso è stata preferita all'altra opzione che pure era stata presentata, consistente nella redazione di una lista di Stati rispetto alle cui sentenze il principio generale del divieto di doppio giudizio non avrebbe *mai* dovuto operare<sup>743</sup>.

Per quanto concerne le difficoltà connesse ad un tale giudizio, è la stessa *Law Commission* a riconoscere che si potrebbe dubitare della correttezza del principio secondo cui le Corti inglesi potrebbero sindacare la legittimità del processo svoltosi davanti a giudici di altri Stati. Sennonché, questi timori sono fugati dalla considerazione che il diritto internazionale privato consente alle Corti inglesi di non riconoscere le sentenze rese da altri giudici quando queste sono in contrasto con esigenze di giustizia sostanziale, viziate da frodi o contrarie alla *public policy*<sup>744</sup>. Ed allora, se un tale sindacato di merito è ammesso in materia civile, *a fortiori* dovrebbe essere ammesso in materia penale, dove le conseguenze del riconoscimento di sentenze inique sarebbero ancora più gravi. Inoltre, sottolinea la *Law Commission*, da un lato, sono evidenti le analogie esistenti tra queste particolari ipotesi di diniego di riconoscimento dell'efficacia preclusiva del giudicato estero e la c.d. *tainted acquittal procedure*<sup>745</sup>; dall'altro, il potere di

---

<sup>743</sup> Cfr. LAW COMMISSION, *Double Jeopardy and Prosecution Appeals*, cit., 77, para 6.11.

<sup>744</sup> Cfr. *Adams v Cape Industries plc* [1990] Ch 433; *Habib Bank v Mian Aftab Ahmed*, *The Times* 2 November 2000, per Carnwath J.; *Law Commission, Double Jeopardy and Prosecution Appeals*, cit., 77, para 6.13.

<sup>745</sup> LAW COMMISSION, *Double Jeopardy and Prosecution Appeals*, cit., 78.

ignorare il giudicato estero dovrebbe essere utilizzato dalle Corti con grande parsimonia<sup>746</sup>.

Resta tuttavia da stabilire se una scelta del genere da parte del legislatore britannico sarebbe conforme all'art. 54 CAAS. Si tratta di una problematica non affrontata dalla Commissione, la quale si limita ad evidenziare come la Convenzione europea dei diritti dell'uomo permetterebbe all'Inghilterra di rifiutare l'attribuzione di qualunque efficacia preclusiva alle sentenze estere<sup>747</sup>. Ebbene, se si tiene in mente che la giurisdizione penale inglese è essenzialmente territoriale<sup>748</sup>, non sembrano sussistere particolari ostacoli all'introduzione di questa deroga all'efficacia dell'art. 54 CAAS da parte del legislatore inglese. Si tratterebbe infatti, a ben vedere, non di una deroga all'art. 54 CAAS ulteriore rispetto a quelle previste dall'art. 55 CAAS quanto piuttosto di una specificazione dell'eccezione codificata nello stesso art. 55 CAAS, il quale autorizza in via generale lo Stato del *locus commissi delicti* a svolgere un secondo processo sui medesimi fatti.

## **2. L'introduzione di limiti all'efficacia dell'art. 54 CAAS sulla falsariga delle norme contenute negli statuti dei Tribunali internazionali**

Le considerazioni appena svolte circa le raccomandazioni che la *Law Commission* britannica ha fatto al Parlamento inglese nel 2003 offrono il destro per affrontare una problematica per certi aspetti molto simile; ci si propone infatti di indagare la possibilità di introdurre, a livello europeo, limiti ulteriori all'efficacia del divieto di doppio processo sancito dall'art. 54 CAAS, costruiti sulla falsariga delle norme contenute nei Tribunali internazionali. In altri termini, ci si chiede se avrebbe senso codificare a livello europeo il principio secondo cui il giudizio emesso all'esito di un processo che si è svolto al solo fine di sottrarre l'imputato alla propria responsabilità penale, non costituirebbe una sentenza "definitiva" in grado di fungere da presupposto applicativo dell'art. 54 CAAS.

---

<sup>746</sup> *Ibidem*.

<sup>747</sup> LAW COMMISSION, *Double Jeopardy and Prosecution Appeals*, cit., 78.

<sup>748</sup> Opinione del resto condivisa dalla stessa *Law Commission (Double Jeopardy and Prosecution Appeals*, cit., 78), la quale afferma: "With certain exceptions, English criminal jurisdiction is territorial, and so applies to offences committed within England and Wales only".

Come accennato in precedenza, un principio del genere è contenuto sia negli Statuti dei tribunali internazionali *ad hoc* (ICTY a ICTR) che nello Statuto di Roma istitutivo della Corte Penale Internazionale. Ed invero, tutti questi atti internazionali, da un lato, prevedono espressamente l'operatività del *ne bis in idem* nei rapporti tra organo sovranazionale e giudici nazionali, dall'altro, e di converso, individuano in via preventiva le ipotesi in cui il divieto di doppio processo non dispiega la propria efficacia. Si tratta pertanto di analizzare la *ratio* e la portata applicativa del *ne bis in idem* nel diritto internazionale penale; in un secondo momento, si tenterà di far luce sull'opportunità di applicare i principi vigenti in materia di crimini internazionali anche alla materia disciplinata dall'art. 54 CAAS.

### **2.1. Le regole contenute negli Statuti dei Tribunali *ad hoc***

Prendendo le mosse dagli Statuti dei tribunali *ad hoc*, tanto il Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia che quello per il Ruanda riconoscono, almeno in linea di principio, la massima efficacia al *ne bis in idem*<sup>749</sup>; il divieto di doppio giudizio opera infatti sia nella prospettiva discendente (quando cioè il primo giudicato è quello del Tribunale internazionale) che nella prospettiva ascendente

---

<sup>749</sup> L'art. 10 dello Statuto dell'ICTY, rubricato *non-bis-in-idem* prevede che "1. No person shall be tried before a national court for acts constituting serious violations of international humanitarian law under the present Statute, for which he or she has already been tried by the International Tribunal. 2. A person who has been tried by a national court for acts constituting serious violations of international humanitarian law may be subsequently tried by the International Tribunal only if: (a) the act for which he or she was tried was characterized as an ordinary crime; or (b) the national court proceedings were not impartial or independent, were designed to shield the accused from international criminal responsibility, or the case was not diligently prosecuted. 3. In considering the penalty to be imposed on a person convicted of a crime under the present Statute, the International Tribunal shall take into account the extent to which any penalty imposed by a national court on the same person for the same act has already been served". Di analogo tenore l'art. 9 dello Statuto del Tribunale per il Ruanda: "1.No person shall be tried before a national court for acts constituting serious violations of international humanitarian law under the present Statute, for which he or she has already been tried by the International Tribunal for Rwanda 2.A person who has been tried before a national court for acts constituting serious violations of international humanitarian law may be subsequently tried by the International Tribunal for Rwanda only if: a) The act for which he or she was tried was characterised as an ordinary crime; or b) The national court proceedings were not impartial or independent, were designed to shield the accused from international criminal responsibility, or the case was not diligently prosecuted. 3.In considering the penalty to be imposed on a person convicted of a crime under the present Statute, the International Tribunal for Rwanda shall take into account the extent to which any penalty imposed by a national court on the same person for the same act has already been served".

(quando il primo giudicato è quello nazionale). Tuttavia, mentre il divieto di doppio giudizio è assoluto una volta che il Tribunale sia addivenuto ad una sentenza di condanna o di proscioglimento, la garanzia opera in maniera sensibilmente più sfumata allorquando la prima sentenza è pronunciata da un giudice nazionale. Con riferimento al rapporto “ascendente” Stato-Tribunale, infatti, l’intangibilità del giudicato è solo *relativa*<sup>750</sup> ed il Tribunale internazionale può derogare al divieto di *bis in idem* in due ipotesi. La prima si verifica quando il fatto per il quale la persona è stata giudicata costituisce un “reato comune”, non rientrando dunque nella categoria dei *crimina iuris gentium* che rientrano nella giurisdizione di ICTY e ICTR<sup>751</sup>. La seconda eccezione si verifica invece quando l’azione giudiziaria non si è svolta in modo diligente, ovvero quando il procedimento nazionale è stato condotto in maniera non diligente né imparziale o quando il processo si è svolto al fine di proteggere gli imputati dall’affermazione giudiziale della loro responsabilità penale. Qualora ricorra una di queste due condizioni – che non operano cumulativamente – il previo giudicato statale non ha alcuna efficacia preclusiva e l’organo internazionale può decidere di procedere ad un nuovo giudizio sui medesimi fatti.

La disciplina del *ne bis in idem* contenuta negli Statuti dei Tribunali *ad hoc*, così come quella della *litispendenza*<sup>752</sup>, sembra costituire lo specchio fedele della relazione esistente tra la giurisdizione di suddetti Tribunali e quella delle Corti nazionali; relazione, che, com’è noto, è verticalizzata o, se si vuole, impari. I

---

<sup>750</sup> L’efficace espressione è di S. CAMPANELLA, *Il ne bis in idem nella giustizia internazionale penale: riflessioni su un principio in itinere*, in AA.VV., *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, a cura di A. Cassese, M. Chiovato, G. De Francesco, Torino, 2005, 261.

<sup>751</sup> Cfr. S. CAMPANELLA, *Il ne bis in idem nella giustizia internazionale penale*, cit., 261, la quale evidenzia che “le disposizioni statutarie non forniscono criteri idonei a comprendere la portata di questa eccezione all’efficacia “esterna” del giudicato”. Sul punto, si v. anche M. CASTELLANETA, *La cooperazione tra stati e tribunali penali internazionali*, Bari, 2002, 220; I. BELE – V. JAKULIN, *Ne bis in idem*, in *Rev. int. de droit pénal*, 2002, 1085.

<sup>752</sup> Laddove infatti nei confronti della stessa persona siano contemporaneamente due procedimenti penali aventi lo stesso oggetto, il Tribunale internazionale può avocare a sé il procedimento già in corso di fronte al giudice nazionale; cfr. l’art. 9 comma 2 dello Statuto dell’ICTY: “The International Tribunal shall have primacy over national courts. At any stage of the procedure, the International Tribunal may formally request national courts to defer to the competence of the International Tribunal in accordance with the present Statute and the Rules of Procedure and Evidence of the International Tribunal. L’art. 8 comma 2 dello Statuto dell’ICTR contiene una norma sostanzialmente identica: “The International Tribunal for Rwanda shall have the primacy over the national courts of all States. At any stage of the procedure, the International Tribunal for Rwanda may formally request national courts to defer to its competence in accordance with the present Statute and the Rules of Procedure and Evidence of the International Tribunal for Rwanda.



possibili conflitti giurisdizionali tra le Corti nazionali e gli organismi sovranazionali vengono infatti risolti in funzione della posizione di primazia che viene attribuita ai secondi. In altre parole, la disciplina “asimmetrica” del *ne bis in idem* contenuta negli Statuti – efficacia preclusiva assoluta del giudicato nella prospettiva discendente; solo relativa nella prospettiva ascendente – altro non è che la logica conseguenza della scelta (politica) di preferire la giurisdizione dei Tribunali internazionali a quella delle Corti nazionali<sup>753</sup>. Una conferma in questo senso sembra rinvenirsi nel fatto che è lo stesso Tribunale internazionale a decidere della sussistenza dei presupposti che consentono una deroga al principio del *ne bis in idem*. Inoltre, com’è stato efficacemente notato, le ipotesi codificate di deroga al *ne bis in idem* sono costruite in modo tale per cui la “seconda” sentenza del Tribunale internazionale appare come una sorta di “riesame” di quella pronunciata dal giudice nazionale, ribadendo la sostanziale priorità del primo sul secondo<sup>754</sup>.

La natura peculiare del conflitto giurisdizionale che qui ci occupa – conflitto talvolta detto “verticale” – fa dunque sì che quest’ultimo non possa essere risolto alla stregua del solo criterio temporale, che condurrebbe all’intangibilità della sentenza dell’organo che per primo è addivenuto ad una pronuncia definitiva. Nondimeno, il *ne bis in idem* internazionale non cessa di costituire uno strumento di risoluzione dei conflitti positivi di giurisdizione. Esso mantiene inalterata la propria *ratio* garantista ed il proprio *modus operandi*. Solo che al criterio temporale del *ne bis in idem* internazionale “classico” – operante cioè nei rapporti tra giurisdizioni tutte nazionali – si affianca il diverso principio della *primacy* del Tribunale internazionale. È questo secondo principio che “reagisce” sul *ne bis in idem* e, combinandosi con questo, dà luogo a quella particolare disciplina “asimmetrica” cui accennavamo in precedenza. Le ipotesi derogatorie all’efficacia del divieto di doppio giudizio altro non sono che fattispecie in cui le istanze di

---

<sup>753</sup> Affermazione del resto pressoché pacifica in dottrina; si v., tra i molti, S. CAMPANELLA, *Il ne bis in idem nella giustizia internazionale penale*, cit., 262; G. VASSALLI, *Il tribunale internazionale per i crimini commessi nella ex-Jugoslavia*, in *Legisl. Pen.*, 1994, 349 ss.; J.L. DE LA CUESTA-A. ESER, *Concurrent national and International*, cit., 753; F. LATTANZI, *Rapporti fra giurisdizioni penali internazionali e giurisdizioni penali interne*, in *Crimini di guerra e competenze delle giurisdizioni nazionali: atti del Convegno, Milano, 15-17 maggio 1997*, a cura di P.L. Lamberti Zanardi-G. Venturini, Milano, 1998, 56.

<sup>754</sup> In questo senso P. MORI, *L’istituzionalizzazione della giurisdizione penale internazionale*, Torino, 2001, 57.

tutela del singolo individuo sono considerate recessive rispetto agli interessi repressivi della Comunità internazionale di cui sono portatori i tribunali *ad hoc*, istituiti al fine precipuo di ripristinare la pace e la sicurezza nei territori di riferimento<sup>755</sup>.

In questa prospettiva, solo in senso formale si può parlare di eccezioni al *ne bis in idem*. Da un lato, infatti, i due principi – il divieto di doppio giudizio e la c.d. “primazia” dei tribunali internazionali – costituendo criteri complementari di risoluzione dei conflitti giurisdizionali difficilmente possono ritenersi in rapporto di regola-eccezione. Dall’altro, e soprattutto, nelle ipotesi codificate in cui è consentito al Tribunale internazionale instaurare un (secondo) giudizio nonostante la Corte nazionale sia già addivenuta ad una sentenza irrevocabile, la lesione alle istanze di tutela individuale sottese al *ne bis in idem* pare più apparente che reale. L’affermazione non necessita di ulteriori spiegazioni nelle ipotesi in cui il primo processo è stato un processo “farsa”, instaurato non al fine di accertare la responsabilità di un individuo ma, al contrario, di occultarla. Ma il discorso è analogo nell’ipotesi in cui il primo processo (nazionale) si sia concluso con una condanna per un reato comune. Ed infatti laddove lo stesso fatto storico potesse essere ricondotto tanto alla fattispecie incriminatrice internazionale che a quella nazionale, la sola condanna (o assoluzione) per il reato comune, in assoluto meno grave, costituisce un sostanziale aggiramento delle norme sulla responsabilità individuale per crimini internazionali. Analogamente, laddove le due fattispecie si fossero trovate in un rapporto di concorso reale, non si vede la ragione per cui un secondo processo avente ad oggetto esclusivamente il crimine internazionale debba essere considerato un mero duplicato del primo giudizio.

Ciò detto, è tuttavia innegabile che ogni volta in cui il Tribunale internazionale decide di procedere nei confronti di un individuo già giudicato da una Corte nazionale, quest’ultimo rischia di subire un aggravamento della propria posizione processuale (in termini quantomeno di spesa e di disagio) che trova fondamento in una presunzione (relativa) della rilevanza internazionale dei fatti ascrittigli. Alla

---

<sup>755</sup> Cfr. ad es. la risoluzione 1503/2003 adottata dal Consiglio di Sicurezza della Nazioni Unite il 28 agosto 2003, dove si mette in luce “the important work of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY) and the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR) *in contributing to lasting peace and security* in the former Yugoslavia and Rwanda and the progress made since their inception” (corsivi aggiunti).

luce di quest'ultima considerazione è auspicabile un uso estremamente oculato di questa facoltà da parte dei Tribunali internazionali, secondo il principio dell'*in dubio pro reo*.

## 2.2. L'art. 20 dello Statuto della Corte penale internazionale

Venendo adesso all'analisi della disciplina del *ne bis in idem* contenuta nello Statuto di Roma istitutivo della Corte penale internazionale, questa si rinviene nell'art. 20, che prende in considerazione tre diverse situazioni<sup>756</sup>.

La prima si verifica allorché è la stessa Corte penale internazionale (CPI) a proporsi come competente per un secondo giudizio avente ad oggetto un fatto già deciso in precedenza da se medesima; in questo caso l'art. 20 comma 1 dello Statuto non pare dare adito a nessun dubbio circa l'intangibilità del primo giudicato, nel momento in cui prevede espressamente che “nessuno può essere giudicato dalla Corte per atti costitutivi di crimini per i quali è stato precedentemente condannato o assolto dalla Corte stessa”. In questo caso, invero, a favore del pieno riconoscimento del *ne bis in idem* militano gli stessi argomenti che hanno fatto sì che i legislatori nazionali affermassero l'efficacia preclusiva del giudicato interno<sup>757</sup>.

La seconda ipotesi, tutto sommato marginale, si verifica quando il primo giudizio è reso dalla CPI ed un giudice nazionale afferma la propria giurisdizione sul medesimo fatto criminoso<sup>758</sup> (prospettiva c.d. discendente). Anche in questo caso lo Statuto (art. 20 comma 2) sancisce l'assoluta prevalenza delle istanze di tutela individuale a fronte degli interessi statuali alla repressione “in proprio” di

---

<sup>756</sup> In base all'art. 20 dello Statuto di Roma (consultabile alla pagina web <http://www.icc-cpi.int/legaltools/>): “1. Except as provided in this Statute, no person shall be tried before the Court with respect to conduct which formed the basis of crimes for which the person has been convicted or acquitted by the Court. 2. No person shall be tried by another court for a crime referred to in article 5 for which that person has already been convicted or acquitted by the Court. 3. No person who has been tried by another court for conduct also proscribed under article 6, 7 or 8 shall be tried by the Court with respect to the same conduct unless the proceedings in the other court: (a) Were for the purpose of shielding the person concerned from criminal responsibility for crimes within the jurisdiction of the Court; or (b) Otherwise were not conducted independently or impartially in accordance with the norms of due process recognized by international law and were conducted in a manner which, in the circumstances, was inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice.

<sup>757</sup> Sul punto, per tutti, S. CAMPANELLA, *Il ne bis in idem nella giustizia internazionale penale*, cit., 270.

<sup>758</sup> Ritiene si tratti di un'ipotesi “di scuola” di difficile realizzazione pratica, S. CAMPANELLA, *Il ne bis in idem nella giustizia internazionale penale*, cit., 266.

determinati fatti. In particolare, sembra doversi escludere una deroga al *ne bis in idem* nelle ipotesi in cui le Corti nazionali intendessero procedere per un reato “comune”, come tale diverso dal “crimine indicato nell’art. 5 StRoma per il quale [il soggetto] è già stato assolto o condannato dalla Corte”<sup>759</sup>. Ed infatti, nonostante non manchino in dottrina voci discordanti<sup>760</sup>, la *ratio* garantista della disposizione induce a ritenere preferibile un’interpretazione estensiva della norma; inoltre, posto che neppure di fronte ai tribunali internazionali *ad hoc* opera un’eccezione del genere al *ne bis in idem*, non si vede la ragione di un trattamento *in peius* di fronte alla CPI.

Infine, se è vero che dal tenore letterale della disposizione non pare potersi escludere con sicurezza la possibilità per le Corti nazionali di avviare procedimenti penali aventi ad oggetto gli stessi fatti qualificati come reati “comuni”, è pure vero che una tale interpretazione, diretta a porre in evidenza la sola qualificazione giuridica del fatto, rischia di condurre ad una plateale violazione del *ne bis in idem* ogni volta in cui il reato comune sarebbe risultato “assorbito” nel concorso (di norme) con la fattispecie di matrice internazionale<sup>761</sup>. Rischio tanto più grave se si pone mente al fatto che lo Statuto di Roma, non disciplinando la problematica, neppure impone ai giudici nazionali una deduzione della pena già scontata per la commissione di un crimine internazionale<sup>762</sup>.

<sup>759</sup> Così testualmente l’art. 20 comma 2 dello Statuto.

<sup>760</sup> Cfr. ad esempio C. VAN DEN WYNGAERT- T. ONGENA, *Ne bis in idem Principle, Including the Issue of Amnesty*, in *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary*, edited by A. Cassese, P. Gaeta, J.R.W.D. Jones, vol. I, Oxford, 2002, 723: “Article 20(2) is limited to crimes referred to in Article 5 of the Statute, i.e. the crimes that fall within the jurisdiction of the Court (genocide, crimes against humanity, war crimes, and aggression). This means that a person who has been acquitted by the ICC for genocide, for examples because the *dolus specialis* that is required for genocide could not be established, may be retried before national courts on chargers of (multiple) murder”. Ritengono che l’effetto preclusivo del giudicato della CPI sia collegato unicamente alle figure di crimini internazionali previste nello Statuto di Roma, tra gli altri, L. N. SADAT, *The International Criminal Court and the transformation of International law: justice for the new millenium*, New York, 2002, 189; D. SPINELLIS, *Global Report. The ne bis in idem in “global” instruments*, cit., 1158 ss.

<sup>761</sup> Analog., seppure con particolare riferimento all’elemento soggettivo dei *crimina juris gentium*, S. CAMPANELLA, *Il ne bis in idem nella giustizia internazionale penale*, 268 s.

<sup>762</sup> Questo rischio è riconosciuto anche da quanti ritengono che il divieto di *bis in idem* di cui all’art. 20 comma 2 dello Statuto operi solo con riferimento ai *crimina juris gentium*; si v. ad esempio quanto affermato da C. VAN DEN WYNGAERT- T. ONGENA, *Ne bis in idem Principle*, cit., 724: “It is highly regrettable that the Statute has not provided a provision to the effect that the sentence imposed in the national proceedings must take into account the sentence already imposed by the ICC for the same conduct (*deduction of sentence principle*). This is the *minimum minimorum* protection that should be granted from a human rights perspective”.

Insomma, a ritenere che l'effetto preclusivo delle sentenze della Corte penale internazionale riguardi esclusivamente i *crimina juris gentium* codificati nello Statuto, non solo si finisce per privare di reale significato garantista il disposto dell'art. 20 comma 2, ma si corre il rischio di avallare una lesione tanto del *ne bis in idem* processuale che di quello sostanziale.

La terza ipotesi di *ne bis in idem* disciplinata dallo Statuto di Roma si realizza quando alla pronuncia del giudice nazionale fa seguito un secondo giudizio di fronte alla Corte penale internazionale. La regola sancita dal terzo comma dell'art. 20 dello Statuto è chiara: in linea di principio la previa esistenza di un giudicato nazionale costituisce una condizione ostativa all'esercizio della giurisdizione della CPI; la presenza di una sentenza definitiva di una Corte statale sugli stessi fatti rende infatti inammissibile l'esercizio della giurisdizione della Corte internazionale, ai sensi dell'art. 17 comma 1 lett. c) dello Statuto<sup>763</sup>. Nondimeno, il principio del *ne bis in idem* subisce una deroga in due ipotesi, disciplinate dall'art. 20, comma 3 lett. a) e b): quando il primo processo (nazionale) abbia avuto il solo scopo di sottrarre la persona interessata alla sua responsabilità per i reati contemplati dallo Statuto di Roma, *ovvero* quando il processo nazionale sia stato condotto in modo non indipendente o non imparziale e, dunque, incompatibile con il fine di perseguire l'autore del fatto criminoso.

---

<sup>763</sup> L'art. 17 dello Statuto della Corte Penale Internazionale, rubricato "Issues of admissibility" dispone che: 1. Having regard to paragraph 10 of the Preamble and article 1, the Court shall determine that a case is inadmissible where: (a) The case is being investigated or prosecuted by a State which has jurisdiction over it, unless the State is unwilling or unable genuinely to carry out the investigation or prosecution; (b) The case has been investigated by a State which has jurisdiction over it and the State has decided not to prosecute the person concerned, unless the decision resulted from the unwillingness or inability of the State genuinely to prosecute; (c) The person concerned has already been tried for conduct which is the subject of the complaint, and a trial by the Court is not permitted under article 20, paragraph 3; (d) The case is not of sufficient gravity to justify further action by the Court. 2. In order to determine unwillingness in a particular case, the Court shall consider, having regard to the principles of due process recognized by international law, whether one or more of the following exist, as applicable: (a) The proceedings were or are being undertaken or the national decision was made for the purpose of shielding the person concerned from criminal responsibility for crimes within the jurisdiction of the Court referred to in article 5; (b) There has been an unjustified delay in the proceedings which in the circumstances is inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice; (c) The proceedings were not or are not being conducted independently or impartially, and they were or are being conducted in a manner which, in the circumstances, is inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice. 3. In order to determine inability in a particular case, the Court shall consider whether, due to a total or substantial collapse or unavailability of its national judicial system, the State is unable to obtain the accused or the necessary evidence and testimony or otherwise unable to carry out its proceedings.

Com'è stato evidenziato dalla stragrande maggioranza degli autori che si sono occupati dell'argomento, le eccezioni al divieto di *bis in idem* di cui all'art. 20 dello Statuto altro non sono che esplicitazioni delle stesse circostanze che l'art. 17 comma 2 individua come elementi sintomatici della "mancanza di volontà o incapacità" (*unwillingness* o *inability*) dello Stato di procedere per determinati fatti criminosi. In altre parole, le stesse circostanze che consentono alla Corte di spogliare del procedimento in corso lo Stato che si è mostrato incapace o restio sotto il profilo della repressione, permettono alla Corte di instaurare un secondo giudizio sui medesimi fatti, "rimediando" all'inadeguatezza del giudizio nazionale, anche qualora lo stesso si sia già concluso<sup>764</sup>.

Nel sistema dello Statuto di Roma, dunque, il divieto di doppio giudizio subisce un'evidente commistione con il principio di complementarietà, che caratterizza la relazione tra la giurisdizione della Corte penale internazionale e quella delle Corti nazionali; più precisamente, sembra che sia il principio di *complementarietà* a guidare il principio del *ne bis in idem*<sup>765</sup>. Mentre infatti la regola generale del divieto di doppio giudizio è la conseguenza dell'iniziale smistamento di competenza tra la CPI e le Corti dei singoli Stati, le ipotesi in cui il giudicato nazionale non dispiega efficacia preclusiva corrispondono ai casi in cui i tribunali nazionali non sono in grado di funzionare correttamente e la Corte è costretta, eccezionalmente, a sostituire la propria giurisdizione (sussidiaria) a quella (primaria) dei singoli Stati<sup>766</sup>.

La presenza di eccezioni al *ne bis in idem* internazionale fondate sulla incapacità o scarsa volontà degli Stati di perseguire correttamente ed efficacemente determinati reati, postulano pertanto l'esistenza di un *dovere* in capo agli Stati di esercitare la propria giurisdizione su determinati fatti criminosi e, correlativamente, l'esistenza di una giurisdizione internazionale in grado di *sostituirsi* a quella degli Stati inadempienti. Sembra insomma che le deroghe al *ne*

---

<sup>764</sup> Cfr. per tutti, S. CAMPANELLA, *Il ne bis in idem nella giustizia internazionale penale*, cit., 271.

<sup>765</sup> Così, efficacemente, A. KLIP-H. VAN DER WILT, *Non bis in idem*, in *Rev. int. dr. penal*, 2002, 1120: "So, in the end, the application of the complementarity principle leads to the establishment of a *non bis in idem*".

<sup>766</sup> Per quanto concerne il principio di complementarietà inteso alla luce di un trasferimento di competenze dal piano interno a quello internazionale, si v., per tutti, A. DEL VECCHIO, *Corte penale internazionale e giurisdizione internazionale nel quadro di crisi di sovranità degli Stati*, in *La Comunità internaz.*, 1998, 630.

*bis in idem* contenute nello Statuto di Roma siano una conseguenza del fatto che la struttura dei rapporti tra gli Stati e la CPI, pur presentandosi più vicina alla relazione orizzontale esistente tra gli Stati di quando non accadesse nel caso dei Tribunali *ad hoc*, mantiene tuttavia tratti peculiari di primazia e verticalità<sup>767</sup>.

Per quanto poi concerne la legittimità sostanziale di queste deroghe ad un principio di garanzia individuale quale è il *ne bis in idem*, valgono, *mutatis mutandis*, gli stessi discorsi precedentemente svolti con riferimento ai Tribunali internazionali. In particolare, sembra che laddove il primo processo si sia svolto al solo fine di sottrarre una persona alla propria responsabilità internazionale, non sussistono a ben vedere le ragioni per cui la persona in discorso non debba essere sottoposta ad un secondo giudizio. Ed infatti, poiché il primo processo poteva dirsi tale solo in senso “formale”, non sembra che l'imputato abbia mai corso, nelle more del primo giudizio, alcun rischio di vedersi condannato per gli illeciti realizzati.

Il parallelismo che sussiste tra l'art. 20 dello Statuto di Roma e le norme contenute negli Statuti dei tribunali *ad hoc*, non deve tuttavia trarre in inganno. Rimane infatti una differenza fondamentale tra le due ipotesi, che trova ragione nel fatto che il Tribunale per la ex-Jugoslavia e quello per il Ruanda si trovano in una posizione di primazia rispetto alle Corte nazionali, mentre la giurisdizione della CPI è *complementare* rispetto a quelle dei singoli Stati. Del tutto naturale, dunque, che l'art. 20 dello Statuto di Roma, a differenza delle corrispondenti norme contenute negli Statuti dei Tribunali *ad hoc*, non preveda tra le condizioni che consentono all'organismo sovranazionale di intervenire dopo un giudizio nazionale, la circostanza che il fatto per cui si intende procedere *in idem* sia stato qualificato dal giudice nazionale come “reato comune”. Tale scelta trova fondamento nell'esigenza di salvaguardare il più possibile la sovranità degli Stati nazionali nell'esercizio della loro potestà punitiva; ed invero, obbligare i giudici nazionali a qualificare i fatti oggetto di giudizio come crimini internazionali al fine di evitare un successivo intervento della CPI in deroga al principio del *ne bis in idem*, equivarrebbe ad assegnare alla Corte non un ruolo *complementare*, ma un ruolo primario analogo a quello rivestito dai Tribunali *ad hoc*, poiché di fatto

---

<sup>767</sup> CAMPANELLA, *Il ne bis in idem nella giustizia internazionale penale*, cit., 263.

sarebbe sempre quest'ultima ad imporre indirettamente agli Stati l'oggetto del giudizio<sup>768</sup>.

La qualificazione del fatto criminoso come "reato comune" da parte del giudice nazionale non è dunque sufficiente, di per sé, a fondare la giurisdizione della Corte; essa può solamente costituire un elemento da cui inferire la volontà dei tribunali statali di sottrarre una persona alla propria responsabilità penale<sup>769</sup>. La qualificazione giuridica del fatto, dunque, laddove non sussistono le circostanze di cui all'art. 20 comma 3 dello Statuto di Roma, non costituisce un elemento sufficiente né a radicare la giurisdizione della CPI né, conseguentemente, a derogare alla garanzia individuale del *ne bis in idem*. La ragione di questa disciplina consiste presumibilmente nel fatto che l'interesse internazionale alla repressione dei *crimina juris gentium* deve ritenersi soddisfatto, a prescindere dalla riconduzione del fatto ad una delle categorie criminosi previste nello Statuto di Roma, quando gli Stati nazionali hanno correttamente adempiuto al proprio *dovere* di giudicare determinati fatti. Il principio di complementarità fa infatti sì che, nella logica di un coordinamento più orizzontale che verticale tra giurisdizioni, la CPI possa intervenire soltanto per colmare il vuoto che viene a crearsi quando i sistemi "interni" non riescono a garantire una efficace repressione dei fatti criminosi lesivi degli interessi della stessa comunità internazionale<sup>770</sup>.

### **2.3. La scarsa plausibilità dell'introduzione di siffatti limiti nello spazio dell'Unione**

---

<sup>768</sup> S. CAMPANELLA, *Il ne bis in idem nella giustizia internazionale penale*, cit., 271; analog. I. TALLGREN, sub art. 20, in *Commentary of the Rome Statute of the International Criminal Court*, ed. by O. Triffterer, Baden-Baden, 1999, 429.

<sup>769</sup> Per quanto concerne il diverso problema di stabilire i limiti entro cui la mancata previsione di crimini internazionali da parte dei legislatori nazionali possa risolversi in un segno della scarsa volontà o capacità degli Stati di procedere alla repressione, cfr. per tutti, J.B. TERRACINO, *National Implementation of ICC Crimes*, in *JICJ*, 2007, 421 ss.

<sup>770</sup> S. CAMPANELLA, *Il ne bis in idem nella giustizia internazionale penale*, cit., 264. Si v. anche quanto affermato da A. CASSESE, *International Criminal Law*, Oxford, 2008, 320 s., il quale, a fondamento dell'assunto per cui si starebbe formando nel diritto internazionale una regola consuetudinaria avente ad oggetto il *ne bis in idem* in materia di crimini internazionali, così scrive: "as long as the court of the State where those [international] crimes are tried conforms to some fundamental principles on fair trial and acts independently, impartially, and with all due diligence, other States, including the State where the crimes has been committed, as well as international courts, must refrain from sitting in judgement on the same offence".



Le considerazioni appena svolte mettono in luce la strettissima relazione esistente tra i presupposti applicativi del *ne bis in idem* internazionale ed i rapporti esistenti tra le giurisdizioni penali rispetto alle quali il divieto di doppio processo dovrebbe operare, segno che anche la possibilità di risolvere i conflitti giurisdizionali attraverso il *ne bis in idem* dipende dai rapporti di forza esistenti tra gli Stati o tra questi ultimi e certi organismi internazionali<sup>771</sup>. Mentre infatti la primazia di una giurisdizione sull'altra, ben esemplificata dalla relazione “verticale” che sussiste tra Tribunali internazionali *ad hoc* e Corti nazionali, fa sì che presupposto del divieto di doppio processo sia l'esistenza di “fatti identici” già sotto il profilo giuridico (c.d. concezione normativa del giudicato), la situazione è assai più variegata laddove questa primazia non sussiste affatto (come avviene nei rapporti “orizzontali” tra giurisdizioni nazionali) o è sfumata in un rapporto di sussidiarietà, come accade nel caso della giurisdizione *complementare* della CPI. Sembra insomma che gli effetti del principio di primazia o di complementarietà si riflettano non solo – o non tanto – sulla presenza di vere e proprie deroghe al divieto di doppio giudizio; piuttosto, è la relazione – fattuale e normativa – che sussiste tra le diverse giurisdizioni penali a determinare la stessa “ossatura” e ragion d'essere del *ne bis in idem* internazionale.

Se quanto siamo venuti dicendo è vero, la proposta di introdurre in ambito europeo norme sul *ne bis in idem* costruite sulla falsariga di quelle contenute negli Statuti dei Tribunali internazionali sembra quantomeno discutibile. In particolare, la scelta di escludere l'operatività dell'art. 54 CAAS ogni volta in cui il primo processo abbia avuto il solo scopo di sottrarre la persona alla propria responsabilità penale o sia stato condotto in modo non indipendente e imparziale, non sembra in alcun caso giustificata dai rapporti esistenti tra le giurisdizioni nazionali. Come detto in precedenza, le deroghe al divieto di doppio processo nelle ipotesi di crimini internazionali postulano una relazione di almeno parziale verticalità nei rapporti tra giurisdizioni concorrenti; ma di questa verticalità non vi

---

<sup>771</sup> “I conflitti internazionali tra giurisdizioni penali non sono che una manifestazione di conflitti internazionali sottostanti [...] Sarebbe dunque illusorio pretendere che l'eliminazione dei conflitti internazionali di competenza possa risolvere i conflitti sociali o politici sottostanti: alcuni conflitti non appartengono al dominio del diritto penale”; così il Comitato europeo per i problemi criminali (CDPC), *Compétence extraterritoriale en matière pénale*, Conseil de l'Europe – Division des publications et des documents, Strasbourg, 1990, 41, cit. da A. DI MARTINO, *La frontiera e il diritto penale*, cit., 16.

è traccia nei rapporti “orizzontali” ed “equiordinati” tra giurisdizioni tutte nazionali. Inoltre, tutti i casi rilevanti di primazia di una giurisdizione nazionale sull'altra, come le ipotesi di esercizio della giurisdizione penale fondato sul principio di territorialità, sono già oggetto di una specifica disciplina da parte dell'art. 55 CAAS, che individua i casi in cui gli Stati non sono obbligati ad attribuire efficacia preclusiva alla sentenza estera.

Oltre a ciò, laddove si decidesse di introdurre norme derogatorie al divieto di doppio processo di cui all'art. 54 CAAS costruite sulla falsariga di quelle contenute negli Statuti dei Tribunali internazionali, ci troveremmo di fronte a problemi teorici e pratico-applicativi ben più numerosi di quelli che una siffatta norma derogatoria sarebbe in grado di risolvere. Si prenda per esempio le disposizioni contenute nell'art. 20 dello Statuto di Roma. In questo caso, la circostanza che i tribunali nazionali si siano dimostrati restii od incapaci alla repressione dei crimini internazionali, giustifica l'intervento sussidiario della Corte in deroga al *ne bis in idem poiché* è la prova dell'inadempimento, da parte degli Stati, del *dovere* di perseguire penalmente gli autori di siffatti illeciti<sup>772</sup>. È evidente, allora, la problematicità di una “estensione” di tale norma al sistema Schengen, se si considera che un obbligo di tal fatta, volto a sancire il dovere degli Stati di esercitare l'azione penale, non pare ad oggi esistere a livello europeo, se non con riferimento a circoscritte ipotesi, previste da apposite convenzioni volte alla repressione di particolari fenomeni criminosi.

Infine, pare chiaro che l'accoglimento di una proposta del genere suonerebbe come un *requiem* per il *ne bis in idem* comunitario, sancendo la prevalenza della diffidenza degli Stati nei confronti dei rispettivi sistemi penali sulle molteplici istanze, innanzitutto di garanzia, che hanno condotto alla codificazione del principio nella Convenzione di Schengen. Ed invero, a parte il fatto che resterebbe da stabilire chi debba giudicare dell'imparzialità del processo (i giudici nazionali? La Corte di giustizia? Una commissione *ad hoc*?), già l'esistenza di una siffatta clausola generale contraddirebbe quella base di reciproco rispetto e fiducia che sola potrà condurre alla costruzione di uno spazio giudiziario europeo dove i diritti fondamentali dei cittadini non siano limitati da egoismi nazionalistici.

---

<sup>772</sup> S. CAMPANELLA, *Il ne bis in idem nella giustizia internazionale*, cit., 263.

## BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Freiburg Proposal on Concurrent Jurisdictions and the Prohibition of Multiple Prosecutions in the European Union*, Freiburg i.Br., 2003, (traduzione italiana, a cura di E. Zanetti) in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 374 ss.

AA.VV., *Conflictos de jurisdicción y principio ne bis in idem en el ámbito europeo – Jurisdiction conflicts and principle ne bis in idem in Europe*, a cura di R.A.M. Martínez e I.G. Pérez, Madrid, 2007.

R. ADAM, *La cooperazione nel campo della giustizia e degli affari interni: da Schengen a Maastricht*, in *Riv. dir. eur.*, 1994, 227.

F. ALICINO, *Il ne bis in idem comunitario e la cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri dell'Unione europea: due facce di una stessa medaglia*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2005, 1509.

U. ALOISI, *Manuale pratico di procedura penale*, vol. IV, Milano, 1952.

C. AMALFITANO, *Dal ne bis in idem internazionale al ne bis in idem europeo*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, 923.

ID., *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali nell'Unione europea*, Milano, 2006.

K. AMBOS, *Internationales Strafrecht*, München, 2006.

E. AMODIO-O. DOMINIONI, *L'estradiizione e il problema del ne bis in idem*, in *Riv. dir. matr.*, 1968, 362.

V. ANDRIOLI, voce *Ne bis in idem*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XI, Torino, 1965, 186.

F. ANTOLISEI, *Sul concorso apparente di norme*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1948, 8.

A. ASHWORTH, *Sentencing and Criminal Justice*, 4. ed., Cambridge, 2005.

R. BARATTA, *Ne bis in idem, diritto internazionale e valori costituzionali*, in AA.VV., *Divenire sociale e adeguamento del diritto. Studi in onore di Francesco Capotorti*, I, *Diritto internazionale*, Milano, 1999, 3.

A. BARBEY, *De l'application internationale de la règle "Non bis in idem" en matière répressive*, thèse, Lausanne, 1930.

P. BARCELLONA, *Crisi della sovranità statale, territorialità della giurisdizione e processo di globalizzazione*, in AA.VV., *L'area di libertà sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, a cura di T. RAFARACI, Milano, 2007, 89.

S. BARTOLE, voce *Principi del diritto [dir. cost.]*, in *Enc. dir.*, XXXV, 524.

H.J. BARTSCH, *Ne bis in idem: the European perspective*, in 73 *Rev. int. dr. pénal*, 2002, 1163.

- J. BASDEVANT, *Règles générales du droit de la paix*, in *Recueil des Cours*, 1936-IV, vol. 58, 475.
- A. BASSI, *I limiti oggettivi dell'effetto preclusivo derivante dal giudicato penale*, in *Cass. pen.*, 1997, 5.
- I. BELE – V. JAKULIN, *Ne bis in idem*, in *Rev. int. de droit pénal*, 2002, 1085.
- A. BERNARDI, *“Principi di diritto” e diritto penale europeo*, in *Annali dell'Università di Ferrara – Scienze giuridiche*, 1988, 75.
- ID., *Sulle funzioni dei principi di diritto penale*, in *Annali dell'Università di Ferrara – Scienze giuridiche*, 1992, 59.
- A. BIANCHI, *L'applicazione extraterritoriale dei controlli all'esportazione*, Padova, 1995.
- N. BOBBIO, voce *Principi generali del diritto*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIII, 891.
- M. BÖSE, M. *Der Grundsatz „ne bis in idem“ in der EU (art. 54 SDÜ)*, in *GA*, 2003, 744.
- M. BOS, *The extraterritorial Jurisdiction of States (Preliminary Report and Final Report)*, in *65 Ybk Inst Int'l L*, 1993, I, 14.
- S. CAMPANELLA, *Il ne bis in idem nella giustizia internazionale penale: riflessioni su un principio in itinere*, in AA.VV., *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, a cura di A. Cassese, M. Chiavario, G. De Francesco, Torino, 2005, 253.
- E. CANNIZZARO, *Sugli effetti interni di convenzioni internazionali di estradizione che pongono facoltà*, in *Giur. cost.*, 1997, 2005.
- F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale – Del giudizio criminale* (a cura di Nobili), Bologna, 2004.
- Y. CARTUYVELS, *Le droit pénal et l'Etat : des frontières « naturelles » en question*, in AA.VV., *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, a cura di M. Henzelin e R. Roth, Geneve, 2002, 3.
- A. CASSESE, *International Criminal Law*, Oxford, 2008.
- ID., *Diritto internazionale*, a cura di P. Gaeta, Bologna, 2003.
- M. CASTELLANETA, *La cooperazione tra stati e tribunali penali internazionali*, Bari, 2002.
- W. CESARINI SFORZA, *I principi generali*, in *Bollettino dell'Istituto di Filosofia del diritto*, I, 1940, 177.
- J. CHEVALLIER, *Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation*, in AA.VV., *La droit saisi par la mondialisation*, a cura di C-A. Morand, Bruxelles, 2001, 37.

M. CHIAVARIO, *Le garanzie fondamentali del processo nel Patto internazionale sui diritti civili e politici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, 465.

ID., *Processo e garanzie della persona*, II, *Le garanzie fondamentali*, 3. ed., Milano, 1984.

A. CIAMPI, *La nozione europea di "persona giudicata con sentenza definitiva" e le condanne "patteggiate"*, in *Int'l Lis*, 2003, 115.

G. CONWAY, *Ne bis in idem* in *International Law*, in 3 *Int. Crim. Law Review*, 2003, 219.

G. CONSO-V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2006.

G. CONSO-R. GUARINELLO, *L'autorità della cosa giudicata penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, 44.

G. CONWAY, *Ne bis in idem* in *International Law*, in 3 *Int. Crim. Law Review*, 2003, 219.

F. COPPI, *Reato continuato e cosa giudicata*, Napoli, 1969.

F. CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, Roma, 1981.

L. CORDÌ, *Il principio del ne bis in idem nella dimensione internazionale: profili generali e prospettive di valorizzazione nello spazio europeo di sicurezza, libertà e giustizia*, in *Ind. pen.*, 2007, 761.

A. CORRADO, *Nessun Paese è obbligato a considerare le condanne inflitte fuori dai suoi confini*, in *Guida dir.*, n. 28/2006, 111.

H. DANELIEUS, *Rapport*, in CONSEIL DE L'EUROPE, *Conférence parlementaire sur le droits de l'Homme*, Strasbourg, 1972, 16.

G. DANNECKER, *Die Garantie des Grundsatzes „ne bis in idem“ in Europa*, in *Festschrift für G. Kohlman zum 70. Geburtstag*, a cura di H-J. Hirsch, J. Wolter, U. Brauns, Köln, 2003, 603.

J.L.L. DA MOTA, *Il ruolo di Eurojust e della Rete giudiziaria Europea nella prevenzione e composizione dei conflitti positivi di giurisdizione*, relazione presentata all'Incontro di Studio organizzato dal CSM su "Il principio del 'ne bis in idem' in ambito europeo: prevenzione e composizione dei conflitti di giurisdizione", Roma, 19-21 settembre 2005.

F. DEAN, *Norma penale e territorio*, Milano, 1963.

G. DEAN, *Profili di un'indagine sul ne bis in idem estradizionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 53.

G. DE AMICIS, *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale, Verso un sistema integrato di forme e strumenti di collaborazione tra le attività giudiziarie*, Milano, 2007.

ID., *Ne bis in idem, giurisdizioni concorrenti e divieto di azioni multiple nell'U.E.: il ruolo dell'Eurojust*, in *Cass. pen.*, 2006, 1176.

ID., *Osservazioni in tema di ne bis in idem europeo*, in *Cass. pen.*, 2006, 989.

G. DE FRANCESCO, *Profili sistematici dell'omicidio colposo commesso con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, 129 ss.

ID., *Lex specialis. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, Milano, 1980.

ID., *Il concetto di "fatto" nella previsione bilaterale e nel principio del "ne bis in idem" in materia di estradizione*, in *Ind. pen.*, 1981, 623.

ID., voce *Estradizione*, in *Noviss. dig. it. Appendice*, 1982, 570.

ID., voce *Concorso apparente di norme*, in *Dig. disc. pen.*, II, 1988, 420.

M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme*, Paris, 1992.

ID., *Les processus de mondialisation du droit*, in AA.VV., *Le droit saisi par la mondialisation*, a cura di C. Morand, Bruxelles, 2001.

ID., *Le Pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques*, in *Dalloz*, 2006, 951.

J. DE LA CUESTA, *Concurrent national and International criminal jurisdiction and the principle 'ne bis in idem'. General Report*, in *Rev. int. dr. penal*, 2002, 710.

F.J. DE LEON VILLALBA, *Sobre el sentido del axioma ne bis in idem*, in AA.VV., *El principio de ne bis in idem en el Derecho penal europeo e internacional*, a cura di L.Arroyo Zapatero e A. Nieto Martín, Murcia, 2007, 17.

M. DEL MAR DÍAZ PITA, *Informe sobre el principio non bis in idem y la concurrencia de jurisdicciones entre los tribunales penales españoles y los tribunales penales internacionales*, in *73 Rev.int. dr. pen.*, 2002, 879.

G. DE LUCA, *Concorso formale di reati e limiti oggettivi della cosa giudicata penale*, in *Riv. proc. pen.*, 1960, 187.

ID., *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Milano, 1963.

ID., voce *Giudicato*, in *Enc. giur.*, vol. XV, Roma, 1988, 1.

A. DEL VECCHIO, *Corte penale internazionale e giurisdizione internazionale nel quadro di crisi di sovranità degli Stati*, in *La Comunità internaz.*, 1998, 630.

L. DESESSARD, *Les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe ne bis in idem*, in *Rev. intern. de droit pénal*, 2002, 915.

I. DENNIS, *Rethinking Double Jeopardy: Justice and Finality in Criminal Process*, in *Crim. L. R.*, 2000, 940.

G. DE KERCHOVE, *Améliorations institutionnelles à apporter au titre VI di traité sur l'Union européenne afin d'accroître l'efficacité et la légitimité de l'action de L'Union européenne dans le domaine de sécurité intérieure*, in G. de Kerchove- A. Weyembergh (éd.), *Quelles réformes pour l'espace pénal européen ?*, Bruxelles, 2003.

- G. DI CHIARA, in nota a *Corte cost.*, sentenza 3 marzo 1997, n. 58, in *Foro it.*, 1997, 642.
- A. DI MARTINO, *La frontiera e il diritto penale*, Torino, 2006.
- E. DOLCINI, *sub art. 9*, in *Commentario delle "Modifiche al sistema penale" (Legge 24 novembre 1981 n. 689)* a cura di E. DOLCINI, A. GIARDA, F. MUCCIARELLI, C.E. PALIERO, E. RIVA CRUGNOLA, Milano, 1982.
- ID., *sub art. 138*, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di Crespi-Stella-Zuccalà, Padova, 2003.
- H. DONNEDIEU DE VABRES, *Les principes modernes du droit pénal international*, Paris, 1928.
- W. DUK, *Principes fondamentaux de la Convention européenne d'extradition*, in *Aspects juridiques de l'extradition entre Etats européens*, Strasbourg, 1969.
- A. EICKER, *Transstaatliche Strafverfolgung*, Herbolzheim, 2004.
- A. EMMERICH-FRITSCHKE, *Vom Völkerrecht zum Weltrecht*, Berlin, 2007.
- A. EPINEY, *Européanisation et mondialisation du droit : convergences et divergences*, in AA.VV. *Le droit saisi par la mondialisation*, a cura di C. Morand, Bruxelles, 2001, 147.
- A. FALZEA, *I principi generali di diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, 455.
- S. FARINELLI, *Sull'applicazione del principio ne bis in idem tra gli Stati membri della Comunità europea*, in *Riv. dir. int.*, 1991, 878.
- B. FEILCKE, *Competing jurisdictions and prohibition of multiple actions in the EU: criteria for the determination of jurisdictional competence in the German system*, relazione presentata all'Incontro di Studio organizzato dal CSM su "Il principio del 'ne bis in idem' in ambito europeo: prevenzione e composizione dei conflitti di giurisdizione", Roma, 19-21 settembre 2005.
- A. FERRARO, *Brevi note sul ne bis in idem internazionale*, in *Cass. pen.*, 1988, 1859.
- G. FLETZER, *La garanzia del ne bis in idem e il divieto della double jeopardy*, in *Ind. pen.*, 1970, 123.
- G. FOSCHINI – G. LEONE, *Effetti internazionali delle sentenze penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, 669.
- M. FRIEDLAND, *Double Jeopardy*, Oxford, 1969.
- P. GAETA, *National prosecution of international crimes: international rules on grounds of jurisdiction*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli, 2004, 1923.
- ID., *Il diritto internazionale e la competenza giurisdizionale degli Stati per crimini internazionali*, in AA.VV., *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, a cura di A. Cassese, M. Chiavario, G. De Francesco, Torino, 2005, 497.

ID., *Un'analisi dell'applicazione dei principi di territorialità e nazionalità attiva*, in AA.VV., *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, a cura di A. Cassese, M. Chiavario, G. De Francesco, Torino, 2005, 513.

G. GAJA, *Per quali reati deve essere data esecuzione ad un mandato d'arresto europeo?*, in Riv. dir. int., 2007, 776.

N. GALANTINI, *Il divieto di doppio processo come diritto della persona*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1981, 97.

ID., *Ne bis in idem e double jeopardy come diritto della persona*, in Giust. Cost., 1982, 88.

ID., *Il principio del "ne bis in idem" internazionale nel processo penale*, Milano, 1984.

ID., *Una nuova dimensione per il ne bis in idem internazionale*, in Cass. pen., 2004, 3482.

ID., *L'evoluzione del principio del ne bis in idem europeo tra norme convenzionali e norme interne di attuazione*, Relazione tenuta all'incontro di studio organizzato dal C.S.M. *Il principio del "ne bis in idem" in ambito europeo: prevenzione e composizione dei conflitti di giurisdizione*, Roma, 19-21 settembre 2005.

ID., *I primi provvedimenti di archiviazione del procedimento in favore della giurisdizione di un altro paese*, in Cass. pen., 2006, 3360.

A. GIARDA, *La convenzione europea sul principio del ne bis in idem*, in Corr. giur., 1990, 19.

G. GIDEL, *De l'efficacité extraterritoriale des jugements répressifs*, thèse, Paris, 1905.

G. GRASSO, *La cooperazione giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri*, in Foro it., 1987, V, 458.

M. GROTZ, *Das Schengener Durchführungsübereinkommen und der Grundsatz des ne bis in idem*, in StraFo, 1995, 103.

A. HARENDT, *Les origines du totalitarisme II: L'impérialisme*, Paris, 1982.

W. HASLER, *Die Wirkung ausländischer Strafurteile im Inland*, Zurigo, 1939.

B. HECKER, *Europäisches Strafrecht*, Heidelberg, 2005.

F. HELIE, *Traité de l'instruction criminelle*, Paris, 1866.

M. HENZELIN, *"Ne bis in idem", un principe à géométrie variable*, in ZStR, 2005, 354.

R.D. HERZBERG, *Ne bis in idem – Zur Sperrwirkung des rechtskräftigen Strafurteils*, in JuS, 1972, 113.

I. INGRAVALLO, *Il ne bis in idem nel processo penale secondo una recente sentenza della Corte di giustizia*, in Dir. Un. europea, 2003, 497.



G. IUZZOLINO, *Il limite del ne bis in idem nell'esecuzione del mandato di arresto europeo*, Relazione tenuta all'incontro di studio organizzato dal C.S.M. *Il principio del "ne bis in idem" in ambito europeo: prevenzione e composizione dei conflitti di giurisdizione*, Roma, 19-21 settembre 2005.

F. JULIEN-LAFERRIER, *Les effets de la communautarisation de « l'acquis de Schengen » sur la règle non bis in idem*, in *Dalloz*, 2003, 1460.

O. KIRCHHEIMER, *The Act, the Offence and Double Jeopardy*, in *58 Yale Law Journal*, 1949, 513.

A. KLIP – H. VAN DER WILT, *Non bis in idem*, in *Rev. int. dr. pen.*, 2002, 1091.

R. M. KNIEBÜHLER, *Transnationales 'ne bis in idem'. Zum Verbot der Mehrfachverfolgung in horizontaler und vertikaler Dimension*, Berlin, 2005.

M. KOSKENNIEMI, *The Politics of International Law*, in *European Journal of International Law*, 1990, vol. I, 4.

M. KRIELE, *L'universalità dei diritti dell'uomo*, in *Riv. int. filos. dir.*, 1992, 3.

H.-H. KÜHNE, *Anmerkung zum EuGH, Urteil v. 9. 3. 2006 – Rs. C-436/04 Van Esbroeck*, in *JZ*, 20/2006, 1020.

O. LAGODNY, *Viele Strafgewalten und nur ein transnationales ne-bis-in-idem?*, in *Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte, Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag*, a cura di A. Donatsch, M. Forster, C. Schwarzenegger, 2002.

F. LATTANZI, *Rapporti fra giurisdizioni penali internazionali e giurisdizioni penali interne*, in *Crimini di guerra e competenze delle giurisdizioni nazionali: atti del Convegno, Milano, 15-17 maggio 1997*, a cura di P.L. Lamberti Zanardi-G. Venturini, Milano, 1998.

LAW COMMISSION, *Double Jeopardy, A Consultation paper* (CP 156), 1999.

LAW COMMISSION, *Double Jeopardy and Prosecution Appeals* (LAW COM No 267), 2001.

A. LEVI, *La certezza del diritto in rapporto con il concetto di azione*, in *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, I, Padova, 1950.

T. LIEBAU, *"Ne bis in idem" in Europa*, Wien, 2005.

F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Roma, 1950.

G. LOZZI, voce *Giudicato (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 912.

ID., *Profili di una indagine sui rapporti tra "ne bis in idem" e concorso formale di reati*, Milano, 1974.

G. LUTHER, *Profili internazionalistici in due recenti sentenze della Corte Costituzionale italiana*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1968, 356.

S. MANACORDA, *Reconnaissance mutuelle et droits fondamentaux dans l'Espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne : un développement inégal*, in *Rev. sc. crim.*, 2005, 881.

M. MANGIN, *Traité de l'action publique et de l'action civile*, Bruxelles, 1839 (trad. it, Napoli 1842).

F.A. MANN, *The Doctrine of Jurisdiction in International Law*, in *Recueil des Cours*, 1964-I, vol. 111, 26.

F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966.

D. MANZIONE - G. GIUNTOLI, *I "limiti esterni del giure penale" ed il giudicato internazionale: un auspicio ancora attuale di Francesco Carrara*, in AA.VV., *Francesco Carrara nel primo centenario della morte*, Atti del Convegno internazionale svoltosi a Lucca-Pisa, 2-5 giugno 1988, Milano, 1991, 891.

M. R. MARCHETTI (a cura di), *La Convenzione europea di estradizione*, Milano, 1990.

ID., *sub art. 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo*, in *Legis. pen.*, 1991, 247.

G.MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, Parte Generale*, Milano, 2004.

M. MASSE, *Des figures asymétriques de l'internationalisation du droit pénal*, in *Rev. sc. crim.*, 2006, 755.

H. MOCK, *Une clarification bienvenue de la portée du principe « Ne bis in idem » au sens de l'article 4 du Protocole n. 7*, in *Rev. trim. dr. h.*, 1999, 619.

ID., *« Ne bis in idem » Une locution dont le sens ne semble pas être la même à Luxembourg qu'à Strasbourg*, in *67 Rev. trim. dr. h.*, 2006, 643.

R. A. MORÁN MARTÍNEZ, *Conflictos de jurisdicción y principio ne bis in idem en el ámbito europeo – Jurisdiction conflicts and principle ne bis in idem in Europe*, a cura di R.A.M. MARTÍNEZ e I.G. PÉREZ, Madrid, 2007, 138.

P. MORI, *L'istituzionalizzazione della giurisdizione penale internazionale*, Torino, 2001.

A. MORO, *Unità e pluralità di reati*, Padova, 1954.

L. MORTARA- U. ALOISI, *Spiegazione pratica del codice di procedura penale*, vol. II, Torino, 1922.

B. NASCIMBENE, *L'incorporazione degli Accordi di Schengen nel quadro dell'Unione europea e il futuro ruolo del Comitato parlamentare di controllo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, 731.

M.L. PADELLETTI, *Estradizione e convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 1996, 656.

A. PAGLIARO, *Relazioni logiche ed apprezzamenti di valore nel concorso di norme penali*, in *Ind. pen.*, 1976, 217.

Id., *Limiti all'unificazione del diritto penale europeo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1993, 206

Id., *Principi di diritto penale. Parte generale*, VII ed., Milano, 2003.

N. PALAIA, *L'efficacia preclusiva delle sentenze penali straniere*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1969, 725.

F. PALAZZO, *Corso di diritto penale, Parte generale*, III ed., Torino, 2008.

C. PANSINI, *Il rifiuto della consegna motivato da esigenze "processuali"*, in AA.VV., *Il Mandato d'Arresto Europeo*, a cura di G. Pansini e A. Scalfati, Napoli, 2005, 161.

M. PAPA, *Definizioni legislative e concorso apparente di norme: note comparatistiche*, in *Omnis definitio in iuris periculosa? Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, a cura di A. Cadoppi, Padova, 1996, 451.

Id., *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale*, Torino, 1997.

F. PEDRAZZI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e protocollo addizionale n. 7: una nuova tappa nella tutela delle garanzie fondamentali*, in *Riv. internaz. dir. dell'uomo*, 1992, 453.

S. PEERS, *Mutual recognition and criminal law in the European Union: has the Council got it wrong?*, in *Comm. Market law Rev.*, 2004, 13.

J. P. PIERINI, *Territorialità europea, conflitti di giurisdizione e ne bis in idem*, in AA.VV., *L'area di libertà, sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, Atti del Convegno svoltosi a Catania, Villa Cerami, 9-11 giugno 2005, a cura di T. Rafaraci, Milano, 2007, 113.

P. PISA, *Previsione bilaterale del fatto nell'estradizione*, Milano, 1973.

Id., *Procedimento penale in corso e richiesta di estradizione per il medesimo fatto*, in *Dir. pen. e proc.*, 1996, 1237.

M. PISANI, *Dal Parlamento europeo: verso il ne bis in idem internazionale*, in *Ind. pen.*, 1984, 602.

Id., *Il ne bis in idem internazionale e il processo penale italiano*, in AA.VV., *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, Milano, 2005.

Id., *Francesco Carrara e il ne bis in idem internazionale*, in *Riv. dir. int.*, 2005, 1022.

Id., *Ne bis in idem y cooperación judicial europea*, in AA.VV. *El principio de ne bis in idem en el Derecho penal europeo e internacional*, a cura di L. Arroyo Zapatero – A. Nieto Martín, Murcia, 2007, 173.

M. PRALUS, *Etude en droit pénal international et en droit communautaire d'un aspect du principe non bis in idem: non bis*", in *Revue de science criminelle*, juillet-septembre 1996, 568.

S. PROSDOCIMI, voce *Concorso di reati e di pene*, in *Dig. disc. pen.*, II, 1988, 508.

ID., *Contributo alla teoria del concorso formale di reati*, Padova, 1981.

I. PUPPE, *Funktion und Konstitution der ungleichartigen Idealkonkurrenz*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1982, 146.

R. QUADRI, voce *Estradizione (Diritto internazionale)*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, 1967, 1.

T. RAFARACI, *Ne bis in idem e conflitti di giurisdizione in materia penale nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 621.

D. REBUT, *Les effets des jugements répressifs*, in AA.VV., *Les effets des jugements nationaux dans les autres Etats membres de l'Union européenne*, Bruxelles, 2001.

P.P. RIVELLO, *Analisi in tema di ne bis in idem*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 476.

P. ROBERTS, *Acquitted Misconduct Evidence and Double Jeopardy Principles*, *From Sambasivan to Z*, in *Crim. Law Review*, 2000, 955

ID., *Double Jeopardy Law Reform: A Criminal Justice Commentary*, in *65 Modern Law Review*, 2002, 397.

U. ROCCO, *L'autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi*, Roma, 1917.

M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I (art. 1-184), 3. ed, Milano, 2004.

R. ROTH, *Droit pénal transnational: un droit pénal sans État et sans territoire?*, in AA.VV., *La droit saisi par la mondialisation*, a cura di C-A. Morand, Bruxelles, 2001, 143.

G. SABATINI, *Trattato dei procedimenti speciali e complementari nel processi penale*, Torino, 1956.

L. N. SADAT, *The International Criminal Court and the transformation of International law: justice for the new millennium*, New York, 2002.

L. SALAZAR, *Il principio del ne bis in idem all'attenzione della Corte di Lussemburgo (I)*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 908.

ID., *La lotta alla criminalità nell'Unione: passi in avanti verso uno spazio giudiziario comune prima e dopo la Costituzione per l'Europa ed il Programma dell'Aia*, in *Cass. pen.*, 2004, 3510.

ID., *Il principio del ne bis in idem nella giurisprudenza della Corte di Giustizia C.E. e della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, Relazione tenuta all'incontro di studio organizzato dal C.S.M. *Il principio del "ne bis in idem" in ambito europeo: prevenzione e composizione dei conflitti di giurisdizione*", Roma, 19-21 settembre 2005.

D. SARMIENTO, *El principio ne bis in idem en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea*, in AA.VV., *El principio de ne bis in idem en el Derecho penal europeo e internacional* (a cura di L.A. Zapatero e A.N. Martín), Cuenca, 2007, 37.

F.-C. SCHROEDER, *Die Rechtsnatur des Grundsatzes „ne bis in idem“*, in *JuS*, 1997, 228.

E. SELVAGGI, *Il principio del ne bis in idem in ambito europeo (Unione europea)*, in *Cass pen.*, 2003, 1696.

M. SESTA, *“Ne bis in idem” e concorso formale di reati al vaglio della Corte costituzionale*, in *Giust. pen.*, 1977, I, 181 ss.

G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 64.

M. SINISCALCO, *Il concorso apparente di norme nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 1961.

G. SPANGHER, *sub art. 4, VII Protocollo addizionale*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, Padova, 2001, 957 ss.

D. SPINELLIS, *Global Report. The ne bis in idem principle in “global” instruments*, in *Rev. int. dr. pen.*, 2002, 1152.

*Statutory Implementation of Double Jeopardy Clauses: New Life for a Moribund Constitutional Guarantee*, in 65 *Yale Law Journal*, 1956, 341.

S. SUR, *Vers une Cour pénale internationale : la Convention de Rome entre les ONG et le Conseil de sécurité*, in *Rev. gén. de dr. int. publ.*, 1999, 34.

I. TALLGREN, *sub art. 20*, in *Commentary of the Rome Statute of the International Criminal Court*, ed. by O. Triffterer, Baden-Baden, 1999.

A. TAMIETTI, *La nozione di “accusa in materia penale” ai sensi dell'art. 6 della Convenzione europea dei Diritti dell'uomo: riflessioni in margine alla decisione Montera c. Italia*, in *Cass. pen.*, 2003, 4, 1405 ss.

D. TEZCAN, *Territorialité et conflits de jurisdictions en droit pénal international*, Ankara, 1983

D.A. THOMAS, *Principles of Sentencing*, Cambridge, 1979.

G. C. THOMAS III, *A unified theory of multiple punishment*, in 47 *University of Pittsburgh Law Review*, 1985, 1.

H. THOMAS, *Das Recht auf Einmaligkeit der Strafverfolgung*, Baden-Baden, 2002.

K. TIEDEMANN, *L'europeizzazione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 8.

TRAVERS, *Les effets internationaux des jugement repressifs*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1924, III, 458.

T. TREVES, *La giurisdizione nel diritto penale internazionale*, Padova, 1973.

*Twice in Jeopardy*, in 75 *Yale Law Journal*, 1965, 277.

A. VALLINI, *Concorso di norme e di reati*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, Torino, 2001, vol. II, 373.

ID., *Il superamento della clausola della "previsione bilaterale del fatto" nell'estradizione per i reati di criminalità organizzata: obsolescenza o regresso antigarantistico?*, in AA.VV., *La criminalità organizzata tra esperienze normative e prospettive di collaborazione internazionale*, a cura di G. DE FRANCESCO, Torino, 2001, 117.

C. VAN DEN WYNGAERT, *The transformation of International criminal law in response to the challenge of organized crime*, in 70 *Rev. int. dr. pénal*, 1999, 133.

C. VAN DEN WYNGAERT - G. STESSENS, *The international non bis in idem principle: resolving some of the unanswered questions*, in *ICLQ*, vol. 48, 1999, 779.

C. VAN DEN WYNGAERT- T. ONGENA, *Ne bis in idem Principle, Including the Issue of Amnesty*, in *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary*, edited by A. Cassese, P. Gaeta, J.R.W.D. Jones, vol. I, Oxford, 2002.

T. VANDER BEKEN, G. VERMEULEN e T. ONGENA, *Concurrent National and International Criminal Jurisdiction and the Principle "ne bis in idem"*, in *Rev. int. dr. pén.*, 2002, 818.

G. VASSALLI, *Il tribunale internazionale per i crimini commessi nella ex- Jugoslavia*, in *Legisl. Pen.*, 1994, 335.

J. A.E. VERVAELE, *The transnational ne bis in idem principle in the UE. Mutual recognition and equivalent protection of human rights*, in *Utrecht Law Review*, 2005, 100.

A. WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Bruxelles, 2004.

P. WECKEL, *La Convention additionnelle à l'Accord de Schengen*, in *Rev. gén. droit int. pub.*, 1991, 421.

P. WEIL, *International Law Limitations on State Jurisdiction*, in C.J. OLMSTEAD (a cura di), *Extra-territorial Application of Laws and Responses Thereto*, International Law Association, Oxford, 1984.

P. WESTEN, *The Three Faces of Double Jeopardy: Reflections On Government Appeals of Criminal Sentence*, in 78 *Michigan Law Review*, 1980, 1001.

S. ZAPPALÀ, *L'universalità della giurisdizione e la Corte penale internazionale*, in AA.VV., *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, a cura di A. Cassese, M. Chiavario, G. De Francesco, Torino, 2005, 549.

